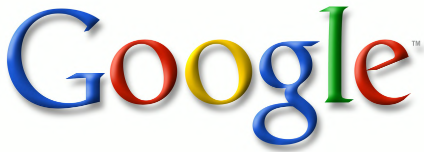
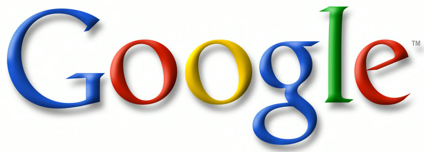
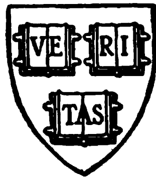







VE
RI
TAS

L'ESPRIT

DU

DROIT ROMAIN

DÉPOSÉ

L'ESPRIT

DU

DROIT ROMAIN

DANS LES

DIVERSES PHASES DE SON DÉVELOPPEMENT

PAR

R. von JHERING

Professeur ordinaire de droit à l'Université de Goettingen

TRADUIT SUR LA 3e ÉDITION AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR

O. DE MEULENAERE

Juge au tribunal de première instance à Bruges

DEUXIÈME ÉDITION

TOME PREMIER

PARIS

A. MARESCQ, Aîné, ÉDITEUR

20, rue Soufflot et 17, rue Victor-Cousin

GAND: F. CLEMM, 24, rue de l'Université

MDCCCLXXX

Gand, impr. Eug. Vanderhaeghen

PRÉFACE

Un jurisconsulte éminent (1) a dit : « Il n'y a pas d'étude » plus nécessaire au jurisconsulte que le droit romain. Les » défauts mêmes qu'on lui reproche en font un instrument » admirable pour l'éducation juridique... Les ouvrages des ju- » risconsultes romains sont les chefs-d'œuvre du droit, comme » les écrits de PLATON et de DEMOSTHÈNE resteront toujours les » chefs-d'œuvre de la philosophie et de l'art oratoire. Et qui » oserait prononcer ce blasphème, que les chefs-d'œuvre de » l'esprit humain sont inutiles, parce qu'ils ne sont pas cotés à » la Bourse ? » Ces paroles sont la justification, je dirais même volontiers l'excuse de la traduction que je livre au public. A une époque où l'on rejette avec un souverain mépris tous les livres qui ne sont pas ce qu'on appelle *pratiques*, ceux où l'on ne peut trouver des conclusions toutes faites, des mémoires

(1) LAURENT, *Principes du droit civil*, t. I, p. 40.

tout préparés, pour décider les questions du mien et du tien, et pour juger les mille et une misères qui se débattent tous les jours devant les tribunaux, il faut, en effet, se faire pardonner l'audace singulière que paraît annoncer la publication d'un ouvrage sur le droit romain, et surtout sur l'*esprit* du droit romain. Ce qui m'a stimulé dans ce travail aride de traduction, c'est l'espoir de faire reprendre l'étude trop délaissée de cette science, de faire partager par d'autres le sentiment de haute admiration et de respect que j'éprouve pour cette création grandiose; c'est aussi le désir de faire connaître l'œuvre principale d'un jurisconsulte, que l'on s'accorde à reconnaître comme le chef d'une nouvelle école en Allemagne (²). L'ouvrage d'JHERING n'est pas *pratique,* dans le sens indiqué plus haut; je le dédie néanmoins en toute confiance à tous ceux qui se sont pénétrés de la vérité des paroles d'un auteur célèbre par ses travaux historiques et par son admirable commentaire du Code civil, paroles que j'ai transcrites en commençant cette préface. Celui qui lira jusqu'au bout cet ouvrage, connaîtra mieux le droit romain que s'il eût étudié plusieurs cours ou manuels de Pandectes. L'impression qui lui en restera sera une profonde admiration pour l'incomparable législation qui est la source féconde de notre droit. C'est le plus bel éloge que l'on puisse faire de l'œuvre d'JHERING.

Le but de l'ouvrage et le plan de l'auteur sont suffisamment

(²) V. l'indication des œuvres de R. VON JHERING, dans ma traduction de son traité : *Du fondement de la protection possessoire.* Introduction. Paris, Marescq, 1875, 1 vol. in-8°.

exposés dans l'introduction, et je puis terminer ici cette préface, en faisant une dernière observation. Le lecteur s'apercevra peut-être de quelques fautes, de redites, d'obscurités même. J'aurais pu, de l'aveu même de l'auteur, prendre certaines libertés avec le texte, travailler certains passages, dégager de leurs langes apparentes certaines idées : mais je me suis arrêté devant la crainte de mutiler la pensée du maître, de lui enlever sa saveur originale et vigoureuse. Le style, c'est l'homme, et j'ai voulu respecter la personnalité si vivante d'JHERING. Le premier volume, notamment, pourrait (au moins dans sa première partie) paraître quelque peu aride à certains lecteurs, que pourraient rebuter les considérations spéculatives de l'auteur sur la « méthode » qui le guide dans ses études. Cette aridité, cependant, n'est que de surface. Toute cette partie est un jet d'une lumière nouvelle ; elle enseigne un procédé nouveau pour pénétrer l'esprit de cette antiquité juridique, si mal connue ou si oubliée de nos jours.

La plupart des traités du droit romain ne sont que des compilations de textes. Ils nous montrent bien, il est vrai, le squelette de ce droit, qui influe encore sur notre civilisation actuelle, mais ils n'ont pas su en découvrir l'âme. JHERING a mis du sang dans les veines de ce cadavre muet, il y a fait circuler la vie, il y a insufflé une âme : il a fait parler l'*Esprit du droit romain*.

Au reste, et je tiens à le répéter, l'auteur lui-même, estimant ce premier volume le moins parfait parmi ceux qui vont suivre, m'avait autorisé à en user avec lui, dans ma traduction, avec la plus grande liberté : j'ai dit quel respect m'a retenu. Mais que

celui qui est avide de savoir, enfin, ce qu'était ce droit romain tant vanté, que celui qui, n'ayant jamais vu que cet arbre fossile, aux branches inertes, veut le voir luxuriant et plein de vie, déployer son dôme verdoyant au-dessus de toute la vie romaine et là protéger sous cette ombre bienfaisante qui s'appelle l'esprit juridique du monde romain, que celui-là lise cette œuvre de l'éminent jurisconsulte allemand : quelle que soit l'insuffisance de la traduction, il verra se dérouler devant ses yeux le travail le plus grandiose que jamais l'humanité ait créé, la formation du droit romain, et pour la première fois, depuis qu'on étudie ce droit, il en percevra l'esprit.

Bruges, Mars 1877.

O. DE MEULENAERE.

INTRODUCTION

—

TITRE PREMIER

LE PROBLÈME ET LA MÉTHODE POUR LE RÉSOUDRE

—

IMPORTANCE DU DROIT ROMAIN POUR LE MONDE MODERNE

L'idée d'universalité et de nationalité. — Importance de Rome dans l'histoire universelle. — Universalité du droit romain. — Appui réciproque des peuples. — Caractère du développement moderne du droit. — Le droit romain est un élément de la civilisation du monde moderne.

1. Trois fois Rome a dicté des lois au monde, trois fois elle a servi de trait d'union entre les peuples : par l'unité de l'*État*, d'abord, lorsque le peuple romain était encore dans la plénitude de sa puissance ; par l'unité de l'*Église*, ensuite, après la chute de l'empire romain, et la troisième fois enfin, par l'unité du *Droit*, à la suite de la réception du droit romain au moyen-âge. La contrainte extérieure et la force des armes amenèrent une

première fois ce résultat; ce fut la force intellectuelle qui prévalut aux deux autres époques.

Un seul mot suffit pour définir toute l'importance et la mission de Rome dans l'histoire universelle : Rome représente le triomphe de l'idée d'universalité sur le principe des nationalités. Les peuples ont douloureusement gémi sous le poids des chaînes matérielles et intellectuelles dont Rome les avait chargés. Pour en secouer le joug, il leur a fallu livrer de rudes assauts. Mais l'histoire et les peuples eux-mêmes ont retiré de ces luttes des avantages assez grands pour compenser ces pénibles efforts. La restauration de l'unité de l'ancien monde, tel fut le fruit du premier triomphe de Rome. Il était nécessaire que les fils de l'ancienne civilisation vinssent aboutir à Rome, pour qu'à leur faisceau l'histoire pût rattacher ceux de la nouvelle civilisation chrétienne. Dans le christianisme, auquel elle avait préparé les voies, la domination universelle de Rome trouva sa justification : sans la centralisation de la Rome païenne, la Rome chrétienne ne fût pas née.

La seconde domination universelle de Rome amena l'éducation religieuse et morale des peuples nouveaux. Depuis longtemps le peuple romain avait disparu : sa place seule restait. Pour la seconde fois le monde reçut ses lois : cependant, entre ces lois et la Rome antique il y avait un abîme. Mais quand pour la troisième fois les générations nouvelles remontèrent jusqu'à Rome pour y chercher leurs lois, ce fut la Rome ancienne qui les leur donna. La vie romaine, l'essence intime de Rome ressuscita sous une forme plus précieuse et plus originale que tout ce que le peuple romain avait légué à la postérité dans les arts et dans les sciences : on vit éclore la fleur la plus belle, mûrir le fruit le plus riche de son esprit! Phénomène extraordinaire! un droit éteint renaissait à la vie : écrit dans une langue étrangère, accessible aux seuls savants, partout dans la vie il se heurtait contre mille résistances, et cependant il s'imposait, il triomphait. Ce qu'il n'avait pu faire, florissant et plein de puissance : régénérer le droit des peuples étrangers, il l'accom-

plit cinq cents ans plus tard; il avait dû mourir avant de pouvoir s'épanouir dans toute la plénitude de sa force. Et quelle fut la grandeur de son triomphe ! A l'origine, simple grammaire juridique entre les mains d'hommes avides de s'instruire, bientôt il s'éleva comme *code*, et revêtit enfin, après que son autorité extérieure eût été contestée et presque anéantie, une forme infiniment supérieure, en devenant la règle de notre pensée juridique.

L'importance du droit romain pour le monde moderne ne consiste point à avoir été un moment la source du droit,—cette importance ne fut que passagère; — son autorité réside dans la profonde révolution interne, dans la transformation complète qu'il a fait subir à notre pensée juridique toute entière. Le droit romain est devenu, aussi bien que le christianisme, un élément de la civilisation du monde moderne.

Cette troisième phase de la puissance souveraine de Rome sur le monde, n'a donc à craindre aucune comparaison avec les deux périodes antérieures. Peut-être celles-ci nous offrent-elles un spectacle plus dramatique, plus intéressant aux yeux et à l'imagination, plus accessible à l'intelligence de tous. Mais la période dernière, presque fabuleuse en un sens, en laquelle se déroule le droit romain, captivera à un égal degré l'esprit du penseur, qui la comptera toujours parmi les phénomènes les plus merveilleux de l'histoire, parmi les triomphes les plus rares de la force intellectuelle livrée à elle-même.

Ne devrait-on pas croire, alors, que nous ayons mis tout en œuvre, nous jurisconsultes, pour expliquer ce fait? Eh bien, non; le caractère étrange que revêt ce phénomène historique, le suit jusque dans ses destinées littéraires. Je n'entends pas seulement faire allusion ici à l'oubli dans lequel est restée plongée l'étude du côté historique externe de la question (ce travail n'a été repris plus activement que dans ce siècle-ci), bien que cette négligence contraste singulièrement avec l'ardeur et la science que depuis des siècles on a consacrées à l'étude du droit romain. A ce propos, remarquons, en passant, que mal-

gré tout ce qui a été fait, depuis Savigny, pour l'histoire du droit romain au moyen-âge, il reste encore à écrire l'histoire de sa réception. Mais ce que je veux signaler comme étant resté dans l'ombre, c'est l'appréciation scientifique de l'importance de cette renaissance du droit romain. Des ignorants crieront au paradoxe, mais il n'en est pas moins vrai que jusqu'à ce jour il règne, sur l'essence et la nature du droit positif, une théorie qui ne permet pas de se rendre un compte exact de l'importance de ce dernier avènement du droit romain, au point de vue de la philosophie de l'histoire. Je veux parler de la théorie du caractère national des droits. Savigny qui l'a préconisée et répandue, en a fait la base et la pierre angulaire de l'école historique qu'il voulait fonder: « L'école historique, dit-il, lorsqu'il for- » mule son programme (¹), admet que la substance du droit est » donnée par le passé tout entier d'une nation, non point d'une » manière arbitraire et déterminée par le hasard seul, mais sor- » tant des entrailles mêmes de la nation et de son histoire. » C'est la condamnation du droit romain, car qu'y a-t-il de commun entre le droit romain et le passé tout entier, et les entrailles mêmes, et l'histoire des nations modernes? Le droit romain n'est plus qu'un intrus, rien ne devait le faire admettre et la logique exigeait que Savigny et ceux de son école, avant tous autres, poursuivissent énergiquement son exclusion. Et ce furent eux au contraire qui le couvrirent de leur protection, lorsqu'au nom de la théorie de la nationalité on réclama cette exclusion définitive. Étrange ironie des destinées scientifiques! Pour sauver la vie au droit romain, on a invoqué l'idée même qui devait le condamner, on a déployé, à son profit, et contre ceux-là précisément qui voulaient faire de la théorie de la nationalité une vérité, la bannière même de la nationalité du droit!

(¹) Dans sa revue : *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. Iᵉʳ, p. 6, et avec plus d'étendue dans l'ouvrage intitulé : *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3ᵉ édit., p. 8. s.

Le droit romain, dit-on, est devenu dans le cours du temps, notre droit : et l'on croit, en contournant ainsi la question, pouvoir le couvrir du manteau protecteur du principe de nationalité. Le fait est possible, mais comment justifiera-t-on que le droit romain soit devenu notre droit? Lorsque le droit romain frappa, la première fois, à notre porte, il n'était certainement pas encore notre droit : « Le passé tout entier de notre nation, » ses entrailles mêmes, son histoire » se dressaient contre lui; et cependant nous avons donné accès à cet étranger : pourquoi? A cette question l'opinion dont il s'agit reste muette. Et si cette opinion doit prévaloir, la réception du droit romain ne s'explique plus que par un égarement inexplicable de l'histoire, par une apostasie du « principe historique » : elle reste, en un mot, une énigme que la science est impuissante à résoudre.

Est-ce exagérer, après cela, que de dire que l'école qui s'est donnée le nom d'historique, et qui, du reste, a produit des travaux inappréciables pour l'étude de l'histoire du droit romain, n'a point réussi à motiver scientifiquement et à justifier le fait qui forme la base de tout notre édifice juridique, et qui caractérise même (comme je le prouverai plus tard) toute la période moderne du développement du droit? On aura beau alléguer des motifs extérieurs, invoquer des documents historiques, aussi longtemps que l'école dont nous critiquons la doctrine considérera la théorie de la nationalité du droit comme étant la base du droit positif, elle viendra se heurter toujours devant une contradiction inconciliable avec son principe, contradiction qui réside dans le fait de la réception du droit romain au moyen-âge.

Jamais le droit romain ne pénètrera dans la science par la porte du principe de nationalité.

Cette seule considération est la condamnation de l'opinion que nous venons de combattre : la réception du droit romain par tous les peuples, est un de ces faits que la science ne peut éluder, qu'elle doit expliquer, quelle que soit, du reste, sa doctrine sur l'essence historique du droit.

Mais est-il donc si difficile de trouver le véritable point de

vue auquel il faut se placer? Ouvrons les yeux, l'histoire est là, qui nous l'impose à chaque pas. La vie des peuples n'est pas une coexistence d'êtres isolés : comme celle des individus dans l'État, elle constitue une communauté; elle se traduit en un système de contingence et d'action réciproque, pacifique et belliqueuse, d'abandon et d'appréhension, d'emprunt et de prêt; en un mot, elle constitue un gigantesque échange embrassant toutes les faces de l'existence humaine. La loi du monde physique est aussi celle du monde intellectuel; la vie se compose de l'admission des choses du dehors et de leur appropriation intime; réception et assimilation sont les deux fonctions fondamentales dont la présence et l'équilibre sont les conditions d'existence et de vitalité de tout organisme vivant. Mettre obstacle à l'admission des choses du dehors, condamner l'organisme à se développer « de dedans en dehors », c'est le tuer. L'expansion du dedans au dehors ne commence qu'avec le cadavre.

L'individu ne peut se soustraire à cette loi sans se condamner à la mort physique ou intellectuelle. Sa vie n'est qu'une aspiration continue, physique et intellectuelle. Pour ce qui concerne les peuples, il ne leur est pas précisément impossible de se concentrer en eux-mêmes, et de rejeter toute influence du dehors. Il y a, en effet, une nation, véritable Don Quichotte du principe des nationalités, qui a cherché à réaliser cet étrange système : c'est le peuple chinois. Où serait d'ailleurs l'impossibilité, pourrait-on se demander? Si ce peuple s'en trouve bien, s'il renonce aux avantages que pourrait lui procurer l'échange de commerce et de relations avec les peuples étrangers? Il est seul à en souffrir. L'objection serait juste, si chaque peuple n'existait absolument que pour lui-même. Mais tout peuple existe aussi pour les autres, et tous les autres peuples ont le droit d'être en relation avec lui. La loi de la division du travail règle aussi la vie des nations. Tout sol ne produit pas tout, tout peuple ne peut pas tout. C'est par une aide et une expansion réciproques que se trouve balancée chez les peuples l'im-

perfection de chacun d'eux en particulier. La perfection n'éclate que dans l'ensemble, dans la communauté.

Les inégalités géographiques, naturelles et intellectuelles de l'avoir des peuples s'aplanissent par l'échange des productions matérielles et intellectuelles : grâce à cet échange, la parcimonie de la nature est vaincue, et l'idée de la justice absolue se réalise dans l'histoire universelle. Le soleil des Indes ne luit pas pour les Indes seules, mais l'habitant des pays du Nord a un droit à l'excédant de chaleur et de lumière que la nature y a versé d'une main prodigue. En revanche, l'habitant des tropiques a, lui aussi, un droit sur les productions de la zône plus froide. Il a droit au fer qu'on y trouve, qu'on y fabrique, aux travaux de l'industrie, de l'art, de la science, à toutes les bénédictions de la religion et de la civilisation. Dire que tout peuple a pour lui seul ce qu'il possède et ce qu'il produit, est aussi vrai et aussi faux que lorsqu'on l'affirme pour l'individu. L'histoire a eu soin d'inculquer aux peuples cette vérité, qu'il n'y a point de propriété absolue, c'est-à-dire indépendante de la communauté. Lorsqu'un peuple se montre incapable d'utiliser le sol que la nature lui a départi, il doit céder la place à un autre. La terre est au bras qui sait la cultiver. L'injustice apparente que la race anglo-saxonne commet en Amérique contre les Indiens indigènes est, au point de vue de l'histoire universelle, l'usage d'un droit, et les peuples européens ne sont pas moins dans leur droit lorsqu'ils ouvrent par la force les fleuves et les ports du Céleste-Empire et du Japon, et qu'ils contraignent ces peuples à faire le commerce. Le commerce, ou dans un ordre d'idées plus général, l'échange des biens matériels et intellectuels, n'est pas seulement une question d'intérêt dépendant de la libre volonté des peuples, c'est un droit et un devoir. Refuser d'accomplir ce devoir, c'est s'insurger contre l'ordre de la nature, c'est désobéir aux commandements de l'histoire. Une nation qui s'isole, non-seulement commet un crime contre elle-même, puisqu'elle s'enlève les moyens de perfectionner son éducation, mais elle se rend coupable d'une injustice envers les

autres peuples. L'isolement est le crime capital des peuples, car la loi suprême de l'histoire est la communauté. Un peuple qui repousse l'idée du contact avec une civilisation étrangère, c'est-à-dire de l'éducation par l'histoire, a, par le fait même, perdu le droit d'exister. Le monde a droit à sa chute.

Telle est la vie. Telle est la destinée des peuples.

La prospérité d'un peuple se compose d'une succession non interrompue d'éléments étrangers. Sa langue, ses arts, ses mœurs, sa civilisation toute entière, en un mot son individualité ou sa nationalité, est, comme l'organisme physique et intellectuel de l'individu, le produit d'innombrables actions exercées par le monde extérieur ou d'emprunts faits à celui-ci.

En présence de ce gigantesque échange entre les peuples, qui pourrait, même à peu près, dresser le bilan de leurs exportations et de leurs importations? Qui pourrait énumérer un à un les mille mouvements, analyser une à une les mille influences qu'un peuple exerce sur un autre? Le vaisseau qui apporte des marchandises ramène des dieux; le marchand qui emporte de l'or, laisse derrière lui, avec ses produits fabriqués, un modèle à imiter et le germe de l'industrie. La langue, les mœurs, la religion, les mots, les idées, les préjugés, la foi, les superstitions, l'industrie, l'art, la science, tout obéit à la loi de communication et d'action internationale.

Et seul le droit serait soustrait à cette loi générale de la civilisation ? Car voilà la conséquence à laquelle aboutit la théorie de l'école historique, qui soutient que le droit ne se développe qu'au sein de la nationalité. Cette théorie, je la combats, et je dois la combattre pour conquérir au droit romain sa place dans la science. Ne pourrons-nous pas, parce qu'il n'est pas né sur notre propre sol, introduire le jury chez nous? Le gouvernement constitutionnel est un produit étranger, cela seul suffirait-il donc pour le condamner? C'est comme si nous hésitions à importer du vin étranger, parce que nous ne l'avons pas fabriqué, ou à faire usage des oranges, parce qu'elles n'ont pas poussé dans nos jardins. Celui qui veut nous empêcher

d'adopter des lois et des institutions étrangères, doit aussi nous défendre d'accueillir aucun autre produit de la civilisation étrangère. Il doit même aller jusqu'à vouloir effacer l'influence que l'étude de l'antiquité a exercée sur la civilisation moderne.

L'adoption d'institutions juridiques étrangères n'est point une question de nationalité, mais bien d'opportunité et de nécessité. Personne n'ira chercher au loin ce qu'il peut rencontrer à un degré de perfection égal ou même supérieur chez lui. Mais un fou seul refusera des oranges, sous prétexte qu'elles n'ont pas mûri dans son verger.

En effet, il suffit d'un seul regard jeté sur l'histoire du droit, pour se convaincre que la loi de civilisation dont je viens de parler y a reçu toute son application. L'antiquité et l'Orient, il est vrai, ne nous en fournissent pas de preuves bien importantes. Mais en Grèce, comme à Rome, existait la croyance à une adoption d'institutions d'origine étrangère. Cette tradition se perdait en partie dans l'obscurité des temps héroïques; en partie elle remontait à l'époque historique (confection de la loi des XII Tables). Et même dans le dernier état du droit romain on découvre encore des traces isolées qui témoignent de l'introduction d'institutions juridiques étrangères, par exemple la loi Rhodia, ou du moins qui la font présumer, en tant que l'on puisse s'appuyer sur l'origine étrangère de certains noms (par exemple *hypotheca, hyperocha, emphyteusis, antichresis*).

Cependant le véritable théâtre du développement de cette loi, c'est le monde moderne. Là, elle procède d'une manière telle, que l'ensemble du mouvement juridique moderne offre avec le mouvement antique et oriental le contraste le plus tranché. Deux idées partagent l'histoire universelle du droit en deux époques bien distinctes. Ce sont les idées de *nationalité* et d'*universalité*. En orient, dans l'antiquité, le droit se développe réellement de la manière qu'enseigne SAVIGNY; il s'épanouit de dedans en dehors, il émane du sein même de la vie des peuples. Le *jus gentium* même des Romains, qui déjà frisait

l'idée moderne d'universalité, qui déjà cherchait à la réaliser dans les relations internationales, le *jus gentium* avait grandi sur le sol romain.

En vain cherchons-nous dans l'Orient et dans l'antiquité un rapport commun dans les progrès effectués par les divers droits nationaux, un centre juridique commun, une science commune; chacun de ces droits existe et se développe pour lui seul, indépendamment des autres. D'histoire *du droit*, point: seulement une histoire *des droits*.

Dans le monde moderne, au contraire, l'histoire du droit prend un essor plus élevé: elle devient vraiment une histoire *du droit*. Les linéaments des droits isolés cessent de se côtoyer sans se toucher: ils se croisent, ils se réunissent en un seul tissu, dont le droit romain et le droit canon constituent la trame originaire commune. Centres puissants, ces deux droits émergent au-dessus de la multitude des sources isolées du droit. Ils confondent la pratique et la science des nations les plus diverses, dans une action commune. La pensée du jurisconsulte de l'Espagne épargnait au savant de l'Allemagne de grands efforts, le Hollandais continuait l'édifice commencé par le Français : la pratique des tribunaux italiens exerçait une influence déterminante sur la jurisprudence des tribunaux de tous les autres pays. Quel rôle digne d'envie, alors, que celui de la jurisprudence ! Science entièrement neuve et jeune, douée de tout le charme et de toutes les magies de l'aurore, elle était bien une science universelle pour l'Europe entière. Contemplés de si haut, combien devaient paraître mesquins tous ces droits nationaux, véritables barrières scientifiques, avec leurs règlements positifs, leurs misérables essais tendant à approprier au cercle étroit du territoire d'un petit pays, le problème que le droit romain avait magistralement résolu pour le monde entier. On conçoit, en effet, l'enivrement que devait produire sur les jurisconsultes cette idée d'universalité surgissant dans ce monde d'alors : elle devait créer des fanatiques. Toujours les idées grandioses nouvelles excercent le même prestige; ce sont les

levers du soleil dans l'histoire : l'aurore seule exalte l'enthousiasme, et non le soleil du midi.

Cette communauté ne se limita pas seulement au droit romain et au droit canonique. A côté et en dehors d'eux se range une série d'institutions, de questions et de problèmes sur lesquels se concentrent la pensée et l'activité communes des peuples : le régime féodal, le change, le droit commercial et maritime; les questions du droit de punir : l'abolition de la torture, de la peine de mort; l'abolition du servage; les questions sociales, politiques, ecclésiastiques et internationales : combien d'autres encore!

En présence de ce fait, qui pourrait douter que l'histoire du droit ne soit entrée, depuis le moyen-âge, dans des voies toutes nouvelles, qu'elle n'aspire vers un but autre et plus élevé que dans l'antiquité? Quelque courte que soit, au point de vue de la durée, la période historique qui s'est écoulée depuis cette nouvelle phase du droit jusqu'à nos jours, n'est-il pas, dès à présent, bien évident que c'est l'idée d'*universalité* qui en fait le caractère, que c'est elle qui constitue le mot de ralliement de l'ère actuelle du droit?

Ce fut sous l'impression exacte de cette aspiration et de cette impulsion que le droit naturel proclama sa théorie de la généralité du droit, indépendamment du temps et du lieu. Sans vouloir vanter du reste, outre mesure, la valeur scientifique des travaux accomplis dans cet ordre d'idées, on peut affirmer que la *tendance* du droit naturel était aussi conforme à la direction spéciale de l'histoire moderne, que celle de l'école historique y était contraire, lorsqu'elle fit exclusivement prévaloir le principe de nationalité. Loin de se tenir en dehors de son temps et d'ignorer les circonstances de son époque, le droit naturel n'était, au fond, que l'idéalisation des circonstances existantes : il tentait de formuler scientifiquement, de justifier la communauté et l'universalité réelles du droit moderne. Mais il tournait le dos à l'histoire, au lieu de l'appeler à son secours comme il aurait pu le faire, et l'école historique était pleinement

dans son droit en combattant cette tendance du droit naturel. Mais elle commettait une erreur, lorsqu'elle identifiait d'une façon complète les notions d'histoire et de nationalité, et qu'elle proclamait cette dernière comme contenant le seul et l'unique principe du développement juridique. Je crois avoir démontré, plus haut, que cette erreur est réfutée par l'histoire elle-même sur laquelle cette opinion prétend se baser. Tant que la science ne se décidera point à considérer l'idée d'universalité comme l'équivalent de celle de nationalité, elle restera impuissante à comprendre le monde dans lequel elle se meut elle-même, et à justifier scientifiquement le fait de la réception du droit romain (²).

Revenons-en maintenant au fait de la réception du droit romain. Nous n'y verrons que la conséquence de ces emprunts qui se reproduisent si souvent dans la vie des nations, et qui répondent parfaitement au plan de l'histoire: l'aide, l'avancement et l'éducation réciproques de tous les peuples. Il n'y a d'extraordinaire ici que la masse de matériaux étrangers reçus à la fois. Ils ont produit dans notre organisme juridique une réplétion, un trouble, une oppression analogue aux perturbations qu'entraîne pour l'organisme physique l'excès de nourriture. Que cet emprunt ait été fait à un peuple disparu depuis longtemps, que la succession laissée au monde par ce peuple n'ait été recueillie que plusieurs siècles plus tard, il ne faut point s'en étonner. Il en fut de même de la civilisation grecque, qui n'exerça son influence réformatrice sur les peuples

(²) Çà et là, il est vrai, se rencontrent chez les partisans du principe de nationalité quelques germes de la notion d'universalité; c'est ainsi, par exemple, que Savigny lui-même semble l'indiquer (*Système du droit romain*, t. Ier, p. 80); mais pour pouvoir rester conséquent jusqu'au bout, il aurait dû abandonner son idée fondamentale toute entière : il se contente de rattacher l'affaiblissement du principe des nationalités dans l'histoire moderne « à l'établissement de la foi chrétienne commune, qui avait » enlacé d'un lien invisible tous les peuples nouveaux. »

modernes, qu'alors que ses représentants originaires avaient depuis longtemps, eux aussi, disparu. Il est un droit héréditaire pour les peuples aussi bien que pour les individus : pour ceux-là comme pour ceux-ci existe la vacance d'hérédité, cet intervalle qui s'écoule jusqu'à ce que l'héritier appelé ait accepté. On ne répudie que les hérédités sans valeur, les autres trouvent leur maître. Il en est ainsi de l'hérédité des peuples, et spécialement de l'héritage que nous a laissé le peuple romain dans son droit. Le génie, le labeur intellectuel, la somme d'expérience et d'observations séculaires qui s'y trouvent déposés, avaient-ils moins le droit d'enrichir l'humanité que les chefs-d'œuvres de l'art grec, et les idées de Platon et d'Aristote ? L'histoire n'avait-elle donc réuni à Rome tous les éléments de prospérité de son œuvre, n'avait-elle porté cette prospérité à son point culminant, que pour l'anéantir elle-même d'une main meurtrière ?

Nulle chose vraiment grande ne saurait périr en ce monde. Lors même qu'elle semble disparaître, ce n'est, comme la plante qui meurt, qu'après avoir laissé tomber sur le sol un grain de semence, dont elle sortira en son temps, parée d'une jeunesse nouvelle, lorsque le soleil du printemps en aura réveillé le germe.

Pendant la vie du peuple romain, les générations nouvelles n'étaient pas mûres encore pour recevoir de ses mains le trésor précieux qui leur était destiné : il fallait bien du temps encore avant qu'elles parvinssent à ce degré de civilisation et de maturité, où la nécessité et l'intelligence du droit romain devaient leur être révélées. Le droit romain attendait.

Ce fut d'abord comme code de lois que le droit romain fut adopté. Cette période de vigueur extérieure du droit romain fut le règne de l'école. Période de malaise et d'embarras, cet état transitoire était cependant légitime et nécessaire. Mais il fallut bien que l'école prît fin. Lorsque les peuples sentirent qu'ils avaient dépassé l'âge de l'école, ils secouèrent le joug, et de nouveaux codes prirent la place du *corpus juris*. Le droit

romain se trouvait-il, par là, déchu de son importance? Pas plus que l'école ne perd son importance lorsqu'on la quitte après y avoir achevé ses études : on emporte avec soi ce qu'on y a appris. Dans le fond comme dans la forme, toutes les législations modernes se basent sur le droit romain. Il est devenu, pour le monde moderne, comme le christianisme, comme la littérature et l'art grecs et romains, un *élément de civilisation*. Son influence n'est nullement restreinte aux institutions que nous avons empruntées au droit romain. Notre pensée juridique, notre méthode, notre forme d'intuition, toute notre éducation juridique, en un mot, sont devenues romaines, si l'on peut appeler romaine une chose d'une vérité universelle, que les Romains ont seulement le mérite d'avoir développée jusqu'à sa plus haute perfection.

Sommes-nous, dès à présent, si assurés de cet avantage, que nous puissions désormais nous passer de l'étude du droit romain, et abandonner celle-ci aux savants seuls? Il fut un temps où on le croyait, et où les nations qui se donnaient de nouveaux codes rompirent scientifiquement avec le droit romain. L'expérience a démontré que cette entreprise était prématurée. Le vide et l'aridité qui caractérisent la première époque littéraire de ces droits nouveaux n'ont fait place à une vie plus active que depuis que l'on a renoué la chaîne interrompue. L'étude du droit romain finira cependant par devenir inutile : ceux qui ont voué les nations modernes à une éternelle minorité sur le terrain du droit peuvent seuls en douter. *Par* le droit romain, mais *outre* et *au delà* : telle est, pour moi, la devise qui résume toute l'importance de ce droit pour le monde moderne.

L'élimination extérieure du droit romain, dans la plupart des régions où il fut en vigueur jusqu'ici, forme pour la science, comme pour l'histoire, un phénomène d'évolution décisif, tout aussi important que celui de sa réception. L'unité de forme de la science, telle qu'elle résultait pour presque toute l'Europe, de l'adoption commune d'un seul et même code de lois, cette

collaboration de la jurisprudence des pays les plus divers, à une même matière, à une même tâche, a disparu à jamais, en même temps que la communauté de forme du droit. La science du droit est devenue de la jurisprudence locale : les frontières politiques sont devenues les frontières de la science. Forme décourageante et indigne d'une vraie science!

Il dépend d'elle, heureusement, de rompre ces barrières : se transformant en jurisprudence comparée, elle peut, à tout jamais, s'assurer pour l'avenir ce caractère d'universalité dont elle fut revêtue si longtemps. Sa méthode sera autre, ses vues seront plus larges, son jugement sera plus mûr, son travail plus libre : sa décadence apparente, grandissant l'intensité de son action, deviendra réellement la source de son véritable salut. Cette période nouvelle de la science est déjà commencée aujourd'hui : on peut s'en convaincre en jetant un coup d'œil sur notre littérature juridique actuelle, notamment en matière de droit public, de droit pénal et de droit commercial.

La disparition du droit romain dans la pratique entraînera aussi une révolution dans les travaux dont il est l'objet. Jusqu'ici, la culture du droit romain a subi, et devait subir, l'influence de considérations tirées de l'applicabilité pratique de ce droit : désormais ce point de vue sera trop restreint pour mériter encore l'intérêt du monde des jurisconsultes. La science ne pourra plus captiver l'attention qu'à la condition de s'élever de la *démonstration* positive jusqu'à la *critique* du droit.

Inaugurer cette voie, faire *la critique du droit romain*, tel est l'objet et le but du présent ouvrage. Ce que j'entreprends, ce n'est point la critique du droit romain *actuel*, au point de vue législatif, mais bien la critique philosophique de l'histoire, c'est-à-dire celle qui suit le droit dans toute sa vie, depuis l'origine jusqu'à la fin. Je ne veux point me contenter des faits historiques extérieurs, c'est le procédé habituel de l'histoire du droit romain. Je veux scruter le mouvement intime de la marche du droit, en fouiller les ressorts cachés, pénétrer les causes éloignées et la corrélation immatérielle de l'ensemble du déve-

loppement juridique. Ce n'est qu'à ce prix qu'il nous deviendra possible de porter un jugement éclairé sur le droit romain, d'en séparer ce qui est transitoire et purement romain, de ce qu'il contient d'éternel et d'universel. Ce n'est qu'à ce prix, enfin, que nous pourrons résoudre la question de la valeur du droit romain, dont dépend en définitive celle de sa réception et de l'importance qu'il a acquise et conserve encore pour nous.

Nécessité de la solution. — Notre science actuelle et son appareil scientifique.

2. Est-il vrai que notre problème attende encore sa solution ? En présence de l'immense somme d'intelligence consacrée depuis des siècles à l'étude du droit romain, ne faudrait-il pas croire, au contraire, que depuis longtemps le problème est résolu ? De tous temps on a mis en avant la haute valeur du droit romain, pour combattre les critiques répétées dont il était l'objet. Mais quelle est donc cette haute valeur ? Certes, l'admiration vouée à cette législation eût été autrement justifiée, si l'on s'était toujours préoccupé d'en faire ressortir les côtés lumineux : pareil procédé eût victorieusement imposé silence à ses détracteurs. Mais, sous ce rapport, notre littérature juridique trahit toute attente : au lieu de se livrer à une critique approfondie du droit romain, elle se borne à énoncer, en passant, des affirmations générales sur son excellence, sur la rare sagacité et sur le sens pratique des jurisconsultes romains, etc.

Que d'encens brûlé en l'honneur du droit romain! Une atmosphère brillante semble l'entourer, et l'ignorant la doit traverser avant d'approcher de ce droit qui se dérobe à sa vue : mais dès qu'il a franchi ces rayonnements et que l'objet de ses recherches lui apparaît dans sa nudité, une amère déception le saisit, il ne comprend plus en quoi consiste cette grandeur tant vantée. Ce n'est qu'après de longues études

qu'elle se manifestera à lui, et encore impressionnera-t-elle son sentiment plutôt que son intelligence.

Il en est du droit romain comme de certaines individualités qui nous séduisent : on subit le charme sans savoir au juste comment il opère. Tel fut l'attrait que présenta le droit romain pour tous ceux qui l'étudièrent. Tous eurent le *sentiment* de sa grandeur; d'aucuns même poussèrent ce sentiment jusqu'au fanatisme le plus aveugle; mais nul n'a songé à formuler la justification scientifique de ce sentiment. On a étudié la matière jusque dans ses plus infimes détails, et chaque fois qu'il s'est agi de porter un jugement, on s'est contenté de lui décerner, dans les termes les plus généraux, les plus éclatants témoignages.

Si l'on ne visait qu'une appréciation générale, si l'on n'avait cherché qu'à projeter une lumière éclatante sur la grandeur du droit romain, si l'on n'avait eu d'autre but que convaincre l'ignorant ou fermer la bouche au sceptique, il suffisait de laisser parler les faits. L'histoire elle-même apporte le meilleur témoignage en faveur de l'excellence du droit romain : le rôle qu'il a joué signale sa vraie grandeur.

Mais si l'on va plus loin, si l'on demande quel est le fondement de cette grandeur, si l'on demande ce qui distingue le droit romain des autres droits et le fait supérieur à ceux-ci, alors les plus érudits nous refusent une réponse satisfaisante. On exalte la sagacité et la logique des jurisconsultes romains : ce n'est guère concluant. Les mômes qualités se retrouvent, à un degré égal et même avec plus de finesse encore, dans la jurisprudence talmudique ([3]), et dans la casuistique des Jésuites ([4]); et cependant comme ces dernières pâlissent à côté du droit romain !

([3]) Comparez, par exemple, le *Schulchan Aruch* (traduction abrégée). Hambourg, 1838.

([4]) Notamment dans les théories du serment et du mariage.

De quelque nom que l'on décore les qualités des jurisconsultes romains, un seul les résume toutes : c'étaient de grands maîtres. Mais, si l'on veut démontrer qu'un produit quelconque est un chef-d'œuvre, si l'on veut analyser pourquoi il constitue un chef-d'œuvre, ce n'est certes pas à démontrer que l'auteur possédait toutes les qualités requises pour créer un chef-d'œuvre, qu'il faut s'attacher : non, on prend l'œuvre même, et l'on met en relief toutes ses beautés.

Il n'y a que deux auteurs, que je sache, qui aient tenté de creuser plus profondément le problème de la valeur du droit romain : ce sont SAVIGNY et STAHL ([5]). Mais, à mon avis, leurs essais sont incomplets et insuffisants.

SAVIGNY combat avec énergie l'opinion généralement accréditée qui fonde la valeur du droit romain sur son *contenu*. Pour lui, c'est la *forme*, c'est la méthode des jurisconsultes romains qui consacrent exclusivement cette prééminence : « Les parties » excellentes du droit romain, dit-il, sont d'une nature si générale, que le bon sens pur, abstraction faite de toute éducation » juridique, aurait facilement pu les trouver; un aussi mince » résultat ne valait pas la peine d'appeler à notre secours des » lois et des jurisconsultes d'il y a deux mille ans. » Cherchant ensuite à caractériser la méthode des jurisconsultes romains, il en trouve le caractère essentiel dans la sûreté avec laquelle ils possèdent et appliquent les principes dirigeants de leur science, dans leur précision pour ainsi dire mathématique. Pour eux, nulle distinction entre la théorie et la pratique; leur théorie est développée jusque dans ses dernières applications, et l'élaboration scientifique ennoblit toujours leur pratique. La valeur matérielle du droit romain peut être l'objet d'appréciations bien différentes, mais les plus autorisées sont

([5]) Le premier dans son écrit : *Vom Beruf unserer Zeit für gesetzgebung and Rechtswissenschaft*, 3e édit. p. 27 et suiv. : le second dans sa *Philosophie du droit*, 2e édit., t. II, 1re partie, appendice.

unanimes à rendre hommage au caractère magistral de sa méthode juridique.

Telle est l'essence de l'opinion de SAVIGNY. Je n'examinerai pas s'il a bien réellement saisi le caractère particulier de la méthode juridique. Je ne crois pas qu'il y soit parvenu. Ce qu'il dit est vrai pour toute espèce de science pratique. Le médecin, lui aussi, doit posséder avec la même sûreté les principes directeurs de la science. Pour lui aussi, la théorie et la pratique doivent être d'accord au point de lui permettre de conclure sans effort du particulier au général, et du général au particulier. Mais il s'agit ici d'un autre point infiniment plus important. D'après SAVIGNY, la valeur du droit romain, pour nous, consiste essentiellement en ce que la forme particulière sous laquelle les compilateurs de JUSTINIEN ont adapté la littérature juridique au but qu'ils voulaient atteindre, nous a permis de voir les jurisconsultes romains à l'œuvre, et de prendre, en quelque sorte, chez eux, une leçon de pratique opératoire. Que l'on fasse abstraction de la forme, supposons que les compilateurs de JUSTINIEN eûssent présenté le résultat de leurs travaux sous la forme d'un de nos codes modernes, et aux yeux de SAVIGNY, le droit romain eût perdu toute valeur pour nous. Il perd de vue que, dans cette matière elle-même, dans ses principes dirigeants, dans ses règles, dans ses divisions, dans ses préceptes juridiques se cache le résidu de tout le travail pratique et théorique d'un siècle entier, trésor d'expérience et d'idées, qui n'a pas attendu, pour acquérir sa valeur, que le hasard nous ait permis de jeter un coup-d'œil sur la manière dont les jurisconsultes classiques en ont fait usage. Il ne faut pas oublier que, quelque instructive que soit, pour le disciple, la vue du travail du maître dans son atelier, c'est dans l'œuvre même que se retrouve le génie de l'artiste.

Qu'est-ce donc que ce *contenu* du droit romain auquel SAVIGNY attache si peu d'importance? Mais c'est le dépôt successif et consolidé de la jurisprudence romaine depuis l'origine de son apparition jusqu'à sa fin, lié à tous les autres facteurs qui

ont donné au droit romain sa forme extérieure. C'est dans les règles enseignées par les jurisconsultes romains, dans les préceptes juridiques positifs qu'ils exposent, dans les divisions dont ils usent, c'est dans les institutions qui sont encore en vigueur aujourd'hui, c'est dans tout cela que réside cette force intellectuelle qui a fait la grandeur du droit romain.

C'est ravaler singulièrement cette force que de vouloir, avec SAVIGNY, l'identifier avec la « *méthode juridique,* » qui n'est, telle qu'il la dépeint, que la virtuosité dans l'application de ce qui existe. Car cette force intellectuelle apparaît dans la législation aussi bien que dans la jurisprudence; elle gît dans la réunion et la réalisation des cas de pratique, comme dans la construction des formules théoriques; elle exerce son influence dans l'invention et dans la transformation des préceptes juridiques, comme dans leur application. Une vue claire de ce qui était nécessaire à la vie, une main sûre et adroite dans le choix des moyens, une oreille ouverte aux exigences de la justice et de l'équité, le courage de résister aux séductions de la logique, lorsqu'elle arrivait à être en contradiction avec les intérêts réels, ce sont là des qualités qui n'ont pas un moindre poids que l'esprit purement analytique des jurisconsultes, et, que l'on me permette l'expression, leur habileté manuelle d'opérateurs. Un SAVIGNY même ne parviendra jamais à nous faire croire que nous aurions adopté le droit romain, si ces qualités, combinées avec la perfection artistique de sa forme, ne l'avaient, au fond, rendu éminemment propre à être adapté aux besoins et aux exigences réelles de la vie du monde moderne.

Pour résumer en un mot mon appréciation sur l'opinion de SAVIGNY, je lui fais un double reproche. D'abord elle place la valeur du droit romain exclusivement dans un élément de pure forme, dans la technique du droit, et laisse dans un oubli complet l'importance des autres facteurs qui contribuent à déterminer la valeur du droit. Ensuite, elle est incomplète, même à ce point de vue restreint : au lieu de reconnaître que cet élément de la forme est imprégné et immanent dans tout

l'édifice du droit romain, institutions, principes et préceptes, elle ne tient compte de cette forme que pour l'apparence extérieure dont elle a revêtu le droit romain; apparence résultant, pour SAVIGNY, de ce que, par hasard, JUSTINIEN a fait faire des extraits des écrits des jurisconsultes romains, au lieu d'en faire faire la synthèse. D'après l'opinion de SAVIGNY, le droit romain est né et a disparu avec les Pandectes de JUSTINIEN. S'il était possible de supposer que tous les exemplaires de celles-ci vinssent à se perdre en une seule fois, le droit romain perdrait donc toute espèce de valeur pour nous ! Je pense au contraire, que la substance essentielle du droit romain a passé dans notre législation et dans notre science modernes, et qu'elle ne courrait aucun risque grave dans la supposition qui vient d'être faite.

L'essai tenté par STAHL, *loc. cit.*, de déterminer la valeur du droit romain, est supérieur à la théorie de SAVIGNY, en ce sens qu'il trouve le signe caractéristique de la prééminence du droit romain dans l'organisation des *institutions* et non dans la virtuosité technique des *jurisconsultes* classiques. Mais la thèse du caractère unilatéral des rapports juridiques que défend STAHL ne suffit point à faire comprendre l'essence du droit romain ni à déterminer sa valeur. J'espère le prouver suffisamment dans le cours de cet ouvrage. (6)

SAVIGNY et STAHL n'ont donc pas fait faire un bien grand pas à la question qui a pour but de déterminer la valeur du droit romain. Le problème que j'ai indiqué plus haut comme étant l'objet du présent ouvrage : celui de donner une critique approfondie des matières du droit romain, attend encore une solution. On n'a jamais tenté de juger le droit romain en général et dans son ensemble. L'on ne croit pas même la critique nécessaire dans l'élaboration des monographies, sauf quelques

(6) Sur la vérité relative de cette appréciation v. t. IV, p. 191 s, 195. Nous montrerons l'illusion dans laquelle STAHL a versé.

louables mais rares exceptions. (V. surtout BRUNS *Das Recht des Bezitzes*).

On semble accepter le droit romain comme s'il ne pouvait être autre que tel qu'il nous est parvenu, et comme si la mission de la science se bornait à en faire l'exposition la plus exacte possible. Le caractère fondamental de toutes les productions scientifiques en matière de droit romain, depuis des siècles, est celui du *positivisme* le plus complet. Notre scepticisme ne s'élève pas au-dessus des questions purement positives, dont il ne se lasse point, du reste, de s'occuper. Il nous suffit de *connaître* les faits, les *juger* nous importe peu. Mais cette raison des faits se dégage-t-elle donc si bien d'elle-même, que la science n'ait pas davantage à s'en préoccuper? Ce serait une grande erreur de le croire. Il faudrait pour professer pareille opinion, n'avoir pas la moindre notion de l'importance et de l'étendue de ce problème. D'un autre côté, notre jurisprudence, dans sa tendance pratique, est-elle donc si indifférente à toutes les questions qui ne se rapportent pas immédiatement à l'application du droit? Non certes, et le zèle avec lequel on cultive l'histoire du droit romain en est la preuve la plus convaincante.

Faisons-en l'aveu : la négligence apportée en cette matière ne témoigne pas du manque de volonté, elle dénote l'impuissance. Ce qui fait défaut à notre jurisprudence romaniste, au point de vue d'une véritable critique du droit romain, de la recherche de son essence intime et de ses fondements derniers, c'est la capacité subjective aussi bien que l'appareil scientifique objectif. La jurisprudence est contrainte par la nature même de l'objet vers lequel tend toute son activité, à observer continuellement *de près*, la loupe exégétique à la main, si j'ose ainsi m'exprimer. Cette tendance s'est si bien développée en elle par l'exercice, son appareil scientifique, ses loupes et ses microscopes sont si finement travaillés, qu'elle peut en quelque sorte voir circuler le sang dans le texte le plus petit et le plus insignifiant des Pandectes et de GAIUS. Mais si de pareilles observations microscopiques aiguisent l'œil, c'est au préjudice de la

largeur même des vues, et l'on finit même par y gagner une véritable aversion pour les vues d'ensemble. C'est ainsi qu'on expliquerait que tel qui distingue de près un grain de sable, ne trouve plus dans les considérations plus éloignées que des contours confus, des bulles de savon bonnes tout au plus pour des esprits superficiels. Le problème que nous nous proposons d'élucider demande au contraire que l'esprit procède par des considérations éloignées et qu'il observe à distance. Pour juger le droit romain il ne faut pas s'attacher à ses dispositions isolées, il faut les considérer dans leurs principes mêmes : aussi serons-nous constamment forcés d'abstraire. Au lieu de la loupe, il nous faudra, que l'on me pardonne la comparaison, le télescope; c'est-à-dire qu'au lieu de nous livrer à une critique bornée à la forme de la transmission du droit romain, aux manuscrits, aux variantes, etc., il nous faudra entreprendre la critique, l'histoire naturelle du *droit en général*. Quiconque veut mesurer, doit posséder une mesure, et la mesure pour juger un droit particulier ne peut nous être fournie que par la doctrine de la nature du droit en général et de la forme sous laquelle elle se manifeste. Mais que d'instruments font défaut à cette doctrine! La jurisprudence moderne ne nous offre pour mener à bien une pareille entreprise qu'un capital bien petit de notions et de considérations. Plus que tout autre, dans le cours du travail, j'ai souffert de cette pénurie. J'ai dû négliger bien des phénomènes, sans en tirer parti; et cependant j'étais convaincu qu'ils renfermaient et recouvraient une mine de richesses intellectuelles. Pour les mettre au jour il eût suffi peut-être de pouvoir élargir la synthèse philosophique du droit. La science nous réserve les mêmes surprises que la vie. Chaque jour nous effleurons quelque phénomène remarquable. Nous passons à côté sans nous y arrêter. Mais vienne l'heure où il fixe notre attention, et nous trouvons incompréhensible notre distraction antérieure. PLATON l'a dit : l'étonnement est le commencement de la philosophie. Les temps viendront où les générations futures s'étonneront que notre jurisprudence actuelle,

si versée cependant dans la connaissance du droit romain, ait été si peu apte à en observer les propriétés caractéristiques. Elles auront trouvé le point de vue vrai, elles auront acquis la perception claire de bien des notions et ne pourront s'expliquer notre aveuglement.

Il m'a semblé souvent, dans le cours de ce travail, que j'avais devant moi les espaces infinis d'un firmament étoilé, champ incommensurable de découvertes livré à l'exploration d'un esprit investigateur. Chaque fois que je voulais parcourir ces horizons immenses, l'insuffisance des appareils scientifiques paralysait mes efforts. Ce sont donc ces appareils qu'il faut accroître et améliorer, pour agrandir le champ des découvertes. *A mesure que la doctrine de l'histoire naturelle du droit se perfectionnera par le moyen de la philosophie du droit et du droit comparé; à mesure qu'elle s'enrichira d'idées nouvelles et de points de vue nouveaux, la notion de la véritable essence du droit romain deviendra de plus en plus vaste.* Mais cette doctrine est elle-même encore dans l'enfance aujourd'hui. Cet ouvrage, outre son but principal, tendra à enrichir encore cette doctrine, à établir, à l'occasion de l'appréciation d'un droit particulier, des points de vue qui sont empruntés à l'essence du droit en général et qui réclament une place parmi les vérités générales. Pour les adapter à ce but spécial, je serai obligé de discuter séparément le fondement de chacune de ces données, mais je ne leur donnerai pas un plus grand développement que ne le comporte le but même que je veux atteindre.

Les paragraphes suivants sembleront démentir cette promesse. Ils tracent, en effet, la véritable méthode de l'exposition historique du droit. Il est évident que notre sujet appartient à l'histoire du droit, car on ne saurait juger du droit romain sans en approfondir l'histoire. L'exposé de la méthode, mieux que tout autre moyen, indiquera en quoi notre sujet diffère de l'histoire du droit romain. Je pars de l'idée que toute exposition de l'histoire du droit doit répondre à la double notion de l'histoire et du droit — règle si naïve qu'il semblerait que

jamais aucun historien du droit n'aurait dû la perdre de vue. Mais combien d'expositions de l'histoire du droit romain ne témoignent-elles pas précisément du contraire? Combien n'y a-t-il pas de ces exposés qui ne contiennent ni une *histoire*, ni l'histoire du *droit;* qui ne forment qu'un recueil de matériaux de droit historique, coordonnés par époques et par matières, qu'un inventaire de l'histoire du droit romain? L'analyse qui va suivre montrera les vices fondamentaux de la méthode dominante. Ces vices sont si profondément enracinés qu'il ne suffisait point de les réfuter par les faits; j'ai jugé indispensable de faire précéder cette réfutation par l'exposé de la seule méthode exacte à mon avis. Or, cet exposé demandait le développement simultané des conséquences qui découlent pour l'historien du droit de la double notion du droit et de l'histoire. Il n'entre pas dans mon but d'entamer une analyse philosophique de ces deux notions; j'ai dû prendre pour point de départ des vérités indiscutables et me contenter de simples résultats. Tout le monde sait que les vérités les plus élémentaires sont bien souvent perdues de vue ou restent sans application, et cette ancienne maxime trouve ici une nouvelle confirmation.

TITRE II

MÉTHODE DE L'HISTOIRE DU DROIT

CHAPITRE I. — *Conditions contenues dans la nature du droit*

1. Anatomie de l'organisme du droit. — Éléments dont il se compose : Règles, notions, institutions juridiques. — Organisation psychique du droit. — Différence entre le droit objectif et sa connaissance subjective. — (Éléments latents du droit). — Mission de la science.

3. Le droit, suivant l'idée actuellement dominante, est un organisme objectif de la liberté humaine. Il n'est plus contesté aujourd'hui, que le droit n'est point, comme on se le figurait autrefois, une agrégation extérieure de dispositions arbitraires, qui doit son origine à la pensée du législateur : il est, comme le langage d'un peuple, le produit interne et réglé de l'histoire. Sans doute, l'intention et le calcul humains contribuent à le former, mais l'un et l'autre *trouvent* plutôt qu'ils ne *créent*, car la naissance et la formation des rapports dans lesquels se meut la vie de l'espèce humaine ne dépendent point d'eux. Le droit et ses institutions ont surgi sous l'impulsion de la vie ; c'est elle qui leur conserve leur incessante activité extérieure. La forme que le caractère du peuple et tout son mode d'existence ont imprimée au droit précède toute pensée, toute volonté législative, et celle-ci ne peut y toucher sans que sa tentative ne tourne à sa propre confusion. Lorsque nous comtemplons l'histoire de la formation du droit, nous la voyons se dérouler constamment sous la perpétuelle influence du caractère, du degré de civilisation, des rapports matériels, des vicissitudes du peuple. En présence des puissantes forces historiques qui la

régissent, la coopération de la raison humaine, voulant créer au lieu de rester un instrument, se réduit à rien.

Le droit comme création réelle, objective, tel qu'il se manifeste à nous dans la forme et le mouvement de la vie et du commerce extérieur, peut être envisagé comme un organisme: c'est à ce point de vue que nous allons nous placer pour en faire toute notre étude. En nous servant de cette image, nous reconnaissons au droit tous les attributs d'un produit naturel: l'unité dans la multiplicité, l'individualité, la croissance, etc. Cette comparaison, les expressions: organique, croissant naturellement, etc., sont aujourd'hui fort à la mode; mais elles ne sont souvent qu'une brillante enseigne, et rien de plus, qu'une de ces professions de foi creuses, et que l'on étale au début d'un ouvrage pour ne plus s'en souvenir ensuite.

Tout organisme peut être considéré au double point de vue *anatomique* et *physiologique*. Le premier a pour objet les éléments de cet organisme et leur action réciproque, en d'autres termes sa structure; le second ses fonctions. Nous allons considérer le droit sous ce double aspect (7), et nous occuper d'abord, dans ce paragraphe, de sa structure.

L'organisme du droit, comme tout autre organisme, se com-

---

(7) Depuis la publication de la première édition de cet ouvrage, j'ai remarqué un passage de BENTHAM, qui considère le droit d'une manière analogue. Ce passage se trouve dans le *Traité de législation* de JÉRÉMIE BENTHAM; édition ÉT. DUMONT. Paris, 1802, p. XXIII. « Ce n'est pas dans » les livres de droit, dit-il, que j'ai trouvé les moyens d'invention et des » modèles de méthode: c'est plutôt dans les ouvrages de métaphysique, » de physique, d'histoire naturelle, de médecine. J'étais frappé, en lisant » quelques traités modernes de cette science, de la classification des maux » et des remèdes. Ne pourrait-on pas transporter le même ordre dans la » législation? Le corps politique ne pourrait-il pas avoir son *anatomie*, » sa *physiologie*, sa *nosologie*, sa *matière médicale*? Ce que j'ai trouvé dans » les Tribonien, les Cocceji, les Blackstone, les Vattel, les Pothier, les » Domat, est bien peu de chose: Hume, Helvetius, Linnée, Bergmann, » Cullen, m'ont été bien plus utiles. »

pose de diverses parties. Plus ces parties sont nobles et délicates dans leur organisation, moins elles se montrent à la surface, et plus l'homme tarde à en avoir conscience. Il en est de même du droit. Chez tout peuple, la connaissance de l'organisation du droit, pénétrant de plus en plus dans la nature intime des choses, a été longue à acquérir. Exprimer le résultat des connaissances acquises, ou *formuler le droit*, tel est le fruit de cette activité appliquée à la connaissance du droit. C'est en partie l'œuvre du peuple, qui exprime sous forme d'adages les lois qu'il a observées dans la pratique; c'est en partie aussi l'œuvre du législateur qui exprime et sanctionne le droit existant sous forme de sentiment ou de droit coutumier; c'est en partie enfin l'œuvre de la doctrine et de la pratique qui acquièrent la connaissance des dispositions de droit en vigueur ou de leurs conséquences. Cette triple action combinée tend à faire acquérir la connaissance du droit; elle reste régie par la règle indiquée plus haut, que l'on n'acquiert que peu à peu la connaissance de la nature intime des choses que tout d'abord on commence à percevoir par leur surface extérieure. Nous allons le prouver, et en suivant l'esprit humain dans ce travail, nous apprendrons à connaître l'échelle de l'organisation du droit lui-même.

Ce que l'esprit humain perçoit en premier lieu, ce sont les parties saillantes, extérieures, pratiques du droit, les parties dont l'action doit le frapper immédiatement : *les règles du droit.* L'esprit voit quelque chose qui arrive et se répète constamment, il sent que cela doit arriver, il traduit cette nécessité en mots. Ainsi naissent les règles du droit. Mais ces abstractions sont bien inférieures à la réalité, à laquelle elles sont empruntées. Semblables aux premiers essais plastiques d'un peuple, elles ne nous donnent de la réalité qu'une image incomplète et grossière. Et de même qu'on ne saurait conclure de ces essais que les hommes et les animaux de cette époque fussent semblables à ces représentations imparfaites, de même on ne saurait admettre que l'ensemble des règles juridiques de la période d'enfance d'un peuple offre une image fidèle de son droit. Ce

ne sont que des contours grossiers, essentiellement destinés à être suppléés et complétés par l'aspect de la vie. Entre eux et le droit tel qu'il s'applique en fait, il existe sous le rapport de la qualité aussi bien que de la quantité, la plus grande dissemblance.

Cette assertion n'est-elle pas hasardée? Comment savons-nous en effet que le droit a eu une autre étendue et une autre teneur que ne nous l'enseignent les règles du droit qui nous ont été conservées? La réponse est simple. Pour reproduire exactement un objet, une double qualité est nécessaire : se le représenter fidèlement et le rendre fidèlement, ou en d'autres termes : *le don d'observation* et *le talent de représentation.* Il faut donc, en ce qui concerne le droit, que celui qui l'expose sache trouver la véritable quintessence du droit sous l'enveloppe bigarrée des rapports concrets de la vie, dont il doit extraire la règle. Dans la nature extérieure qui nous entoure, nous passons tous les jours, sans les voir, à côté de phénomènes importants. Le hasard seul, souvent, attire sur eux l'attention de l'observateur et le conduit aux découvertes les plus intéressantes. Il en est de même dans le monde moral, et à un degré bien supérieur, car sur ce terrain, rien ne se perçoit que par les yeux de l'esprit.

Dans ce monde nous nous trouvons en présence d'une organisation déterminée : nous sommes si bien habitués à la voir se continuer uniformément que nous ne songeons jamais à nous demander jusqu'à quel point cet ordre est purement factice et accidentel, ou juridique et nécessaire. Si par hasard quelqu'un trouble cet ordre en quelque point, notre attention s'éveille, nous nous demandons la raison de cet ordre établi. Faire cette question c'est la résoudre, c'est connaître. C'est ainsi que la connaissance du monde moral doit en quelque sorte au hasard ses plus riches découvertes. Pour un grand nombre de celles-ci, la solution a été moins laborieuse que la demande. La science qui ne voulait point interroger avant d'avoir une réponse bien claire à donner, a souvent vu le hasard lui-même poser nettement les questions qu'elle avait à résoudre.

La connaissance du droit s'acquiert péniblement et lentement : maintes choses échappent au regard de la science, même lorsqu'elle est au comble de sa maturité. Si grande qu'ait été l'habileté des jurisconsultes classiques de Rome, il existait cependant, même de leur temps, des règles du droit qui leur restèrent inconnues, et qui furent mises en lumière la première fois, grâce aux efforts de la jurisprudence actuelle : je les nomme les règles *latentes* du droit. Cela est-il possible, nous demandera-t-on, en objectant que pour appliquer ces règles il fallait les connaître ? Pour toute réponse, nous pouvons nous borner à renvoyer aux lois du langage. Des milliers de personnes *appliquent* chaque jour ces lois dont elles n'ont jamais entendu parler, dont le savant lui-même n'a pas toujours pleine conscience ; mais ce qui manque à l'entendement est suppléé par le sentiment, par l'instinct grammatical ([8]).

([8]) Je ne puis laisser de rapporter ici la remarque faite par un linguiste dont j'aurai encore souvent à utiliser les travaux, dans le cours de cet ouvrage : POTT, *Etymologische Forschungen aus dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen*, tome I, 1833, p. 146 : « Cette myopie renversée » qui permet de voir les objets éloignés, mais non les plus proches, » se manifeste dans l'ordre intellectuel chez l'homme, surtout lorsqu'il » s'agit de la connaissance de sa langue maternelle. Pour l'étranger, » celle-ci présente au premier coup-d'œil une foule de singularités, dont » précisément à cause de l'habitude, celui qui la parle depuis son enfance » ne s'aperçoit jamais ou s'aperçoit très difficilement. L'attention du » premier est excitée par l'extérieur seul, tandis que chez le second c'est » la force de la volonté qui produit le désir d'observer. De là ce phéno- » mène très connu, qu'en règle générale on n'apprend à connaître sa » langue maternelle à fond, qu'après avoir appris des langues étrangères » et qu'il est presque *plus difficile de faire une grammaire de sa langue* » *maternelle, que la grammaire d'une langue étrangère*. Le plus grand lin- » guiste serait peut-être le plus mauvais grammairien et réciproquement. » Il en résulte que nous devons combattre la folie de ceux qui tiennent » pour sacrée, partout et toujours, l'autorité d'un grammairien national. » Mais il y a des Béotiens de cette espèce, et on a beau les chasser à coup

La découverte des règles du droit existantes a donc pour condition le don d'observation. Il est évident cependant que cette faculté d'observation est plus ou moins développée selon la diversité des temps et des individus, et que sa mesure dépend du degré de culture intellectuelle de l'observateur. Nous ne sommes pas injustes, par conséquent, lorsque nous disons aux peuples incultes et grossiers : vous n'avez compris que la plus petite partie du monde juridique qui vous entoure; l'autre partie échappe à votre intelligence et ne vit que dans votre sentiment; vous vivez dans des rapports juridiques sans connaître la nature de ces rapports; vous agissez d'après des lois que nul de vous n'a exprimées; les règles de droit dont vous avez connaissance, ne sont que des échappées de lumière isolées que le monde du droit réel projette dans votre entendement.

Nous avons indiqué comme seconde qualité nécessaire pour établir les règles du droit, *le pouvoir de les formuler,* ou la puissance de donner aux règles découvertes l'expression qui leur convient. Cette qualité suppose la connaissance exacte des règles. Celle-ci seule ne suffit point cependant; bien des notions apparaissent claires et distinctes à notre esprit, et cependant nous ne pouvons les traduire en paroles que de la façon la plus incomplète. Tout droit, même le plus parfait relativement, nous offre des exemples de formules fausses, c'est-à-dire d'erreurs résidant non dans les dispositions elles-mêmes, mais dans leur expression : preuve de la haute difficulté de l'opération dont il s'agit ici (*). Si donc aux époques de la plus haute maturité intellectuelle, l'on ne réussit pas toujours à donner sa formule exacte à une règle juridique, combien cette faculté ne doit-elle

» de bâton, ils reviennent toujours à la charge. » — Au lieu de *langue* et de *grammairien nationaux*, écrivons les mots droit et jurisconsulte nationaux, et *nomine mutato narratur fabula de te.*

(*) Observation souvent faite par les jurisconsultes romains. V. par ex., L. 1, L. 202 de R. J. (50.17), L. 32 pr. de usur. (22.1), L. 1 pr. de reg. cat. (34.7).

pas rester imparfaite chez une génération moins habituée encore au travail mental? *Quelle grande différence n'y a-t-il point, par conséquent, ici, entre le droit réel et le droit formulé.* La formule sera tantôt trop étroite, tantôt trop large; tantôt les conditions essentielles de la règle seront passées sous silence, soit qu'on n'y ait pas songé, soit qu'on les ait considérées comme évidentes par elles-mêmes; tantôt la règle sera conçue d'une façon générale sans faire mention des modifications nécessaires; tantôt elle apparaîtra liée à une espèce particulièrement saillante, tandis que par sa valeur pratique elle concerne le genre tout entier, etc.

Cette différence entre le droit formulé et le droit réel est autant quantitative que qualitative, extensive autant qu'intensive. En d'autres termes, à côté des règles expresses du droit il y a les règles *latentes*. Les règles expresses elles-mêmes n'ont pas toujours une formule adéquate, de sorte qu'il est au pouvoir de la théorie d'accroître, au moyen du droit existant, la somme des règles juridiques et même de perfectionner celles-ci. Cette différence varie selon la diversité du temps et des peuples; elle n'est pas déterminée seulement par le degré de civilisation, mais aussi par la variété des facultés naturelles et du talent inné. Certains peuples sentent moins la nécessité d'avoir conscience de leur droit et de le fixer extérieurement; d'autres sont *a priori* animés de cette tendance et possèdent les dispositions naturelles nécessaires à cet effet. C'est bien plutôt dans la qualité ou la perfection des règles du droit, que dans leur quantité ou leur nombre que se révèle ce don d'expression dont nous nous occupons; en cette matière, la fécondité peut même souvent être prise pour un signe de faiblesse (10).

Cette différence entre le droit formulé et le droit réel varie selon le degré de civilisation, mais elle ne s'efface jamais entièrement. Jusqu'aujourd'hui du moins, l'expérience a démontré

(10) Nous le prouverons plus loin en traitant du côté systématique du droit.

que le droit est une source inépuisable, où la pratique et la théorie puisent sans cesse des règles subjectivement neuves, c'est-à-dire restées jusqu'ores inconnues, et les formules de tous les temps se sont montrées jusqu'à l'heure actuelle susceptibles de développement et de perfectionnement.

Il est à peine besoin de dire que les formules purement doctrinales sont constamment remaniées et prennent tous les jours des formes nouvelles. Mais il est utile, pour les personnes étrangères au droit, de faire remarquer qu'il en est de même des règles exprimées dans les lois, non seulement — ce qui va de soi — lorsque le législateur lui-même redresse ses erreurs, mais encore, sans l'intervention du législateur, sur le terrain de la doctrine pure. Cela se fait en partie au moyen de l'interprétation, qui fixe le sens véritable de la loi, et l'oppose à une rédaction trop étroite ou trop large, en partie par l'extension analogique. Celle-ci contient un développement de la loi, en ce sens qu'elle enseigne que la disposition légale a été erronément limitée à un état de fait non essentiel, à une espèce isolée, au lieu d'être appliquée au genre tout entier, et qu'elle doit, par conséquent, être étendue au-delà des limites étroites qui lui ont été assignées [11].

Arrivés ainsi à cette conclusion qu'entre le droit objectif, tel qu'il existe et est appliqué, et son expression sous la forme de

[11] Il y aura le plus souvent lieu à l'extension par analogie, lorsqu'à l'époque de la publication de la loi on ne connaissait encore que certaines espèces isolées du genre, et que depuis il en a surgi d'autres. Par exemple, une loi ancienne parle, à propos de fausse monnaie, d'argent monnayé, et dans la suite, on crée le papier-monnaie. Pour étendre la loi à ce dernier, la doctrine part de cette idée : la loi a eu pour objet le genre : argent (instrument d'échange publiquement certifié), mais elle paraît être liée à une espèce (argent métallique), parce qu'au temps de sa confection, le genre et cette seule espèce se confondaient. Son objet essentiel n'était point ce qui distingue l'espèce (le métal), mais ce qui est commun au genre (l'argent). Voyez III, p. 30 ss.

règles de droit, il n'y a point une concordance complète, il faut que nous répondions à une question qui s'est assurément présentée à l'esprit de plus d'un lecteur. On pourrait croire, en effet, que ces formules juridiques défectueuses doivent exercer une influence défavorable sur le droit lui-même. Or, cela est-il vrai ? Il faut distinguer. Ce danger est moindre aux époques où les formules sont le plus imparfaites, parce que l'art de formuler le droit est encore dans l'enfance. En effet, partout où l'application de ces formules conduirait à un conflit entre le droit, tel qu'il vit objectivement dans la réalité et subjectivement dans le sentiment et dans la pensée, cette dernière intervient pour les rectifier [12]. Entre les règles du droit et le droit réel existe le même rapport qui est indiqué par un jurisconsulte romain [13] pour les *regulae juris : regula est, quae rem, quae est,* BREVITER *enarrat :* NON UT EX REGULA JUS SUMATUR, *sed ex jure,* QUOD EST, *regula fiat.* Il importe aussi de remarquer, d'une part, que les relations juridiques sont relativement peu compliquées dans ces temps primitifs ; d'autre part, que ces règles de droit apparaissent aux contemporains, qui ont tous les jours sous les yeux les relations juridiques concrètes pour lesquelles elles sont faites, sous un tout autre jour qu'à celui qui les observe à une époque plus avancée. Aux premiers, il suffit d'une esquisse incomplète, parce qu'elle reproduit en eux l'image entière, mais le dernier n'y aperçoit plus que des contours informes. On pourrait définir ces formules : le compte que se rend un peuple du développement de son propre entendement juridique. Quelque défectueuses, quelque inintelligibles même qu'elles soient pour quiconque ne se trouve point dans les

---

(12) Je renvoie de nouveau ici à l'analogie du langage. Les règles grammaticales erronées nuisent moins que jamais à l'usage de la langue, aux époques où l'art des abstractions grammaticales n'est encore que peu développé.

(13) PAUL, L. 1 de R. J. (50. 17).

conditions requises pour les comprendre, elles n'en sont pas moins complètement suffisantes pour celui qui sait y suppléer par sa propre conception de la vie et par le sentiment du droit commun à tous les hommes.

Si le cours du temps diminue la fraîcheur et la vivacité de la perception immédiate du droit, l'influence de la théorie sur l'application du droit n'en devient que plus prépondérante: mais en même temps augmente aussi la possibilité de préjudices pratiques prenant leur source dans les erreurs commises par la théorie en formulant les règles de droit. Par bonheur, à mesure que la nécessité d'une expression théorique plus exacte du droit s'impose davantage, le pouvoir de lui donner satisfaction devient plus étendu. L'art de formuler le droit se rapproche toujours de plus en plus du droit, il tend à transformer en un *miroir* fidèle, ce qui n'était qu'une ébauche dépourvue de formes.

Quelle est maintenant la conclusion des observations qui précèdent, en vue du but que nous poursuivons? Quelles sont les conséquences qui en découlent pour la méthode? Nous en déduisons deux propositions, ou pour nous exprimer d'une manière plus exacte, une idée qui nous sera utile à deux points de vue différents. En effet, l'idée fondamentale que nous avons développée jusqu'ici, que les règles du droit ne sont que les points saillants pratiques et extérieurs du droit, mais qu'ils n'épuisent son contenu réel ni en étendue ni en intensité, cette idée fondamentale nous donne à la fois un avertissement et un encouragement. Elle nous avertit qu'il ne faut point identifier le droit d'une époque quelconque avec ses règles juridiques. Moins une époque est avancée, moins elle est apte à abstraire et à formuler, moins aussi nous devons nous attendre à trouver dans ses règles juridiques, comme dans ses premières grammaires imparfaites, une représentation exacte de son droit ou de son langage. Fussions-nous même en possession de toutes ces règles, encore n'aurions-nous pas une image fidèle de son droit. Ce qu'elles nous donnent, c'est la conscience qu'avait

cette époque de son droit, et non le droit lui-même. A cet avertissement vient se lier nécessairement l'invitation à formuler plus exactement le droit lui-même ou les règles du droit (puisque nous ne nous occupons ici que de cette partie), et à mettre en lumière les règles latentes.

Ce paraît être, au premier abord, une bien grande témérité de la part de l'historien, vivant plusieurs milliers d'années plus tard, de prétendre, le premier, assigner leur véritable forme aux règles de droit du passé. Il est paradoxal en apparence, de vouloir découvrir une règle de droit longtemps après qu'elle a cessé d'exister. Mais cela est-il si téméraire en réalité? Que d'événements historiques ne sont compris pour la première fois que longtemps après qu'ils se sont passés! Que d'individus ne sont appréciés à leur véritable valeur que lorsque depuis longtemps la tombe s'est refermée sur eux! Toute époque est une énigme que la postérité seule a le pouvoir de résoudre. Si le regard de la postérité ne portait pas plus loin que celui des contemporains, l'histoire serait une science morte, condamnée à une éternelle immobilité. Elle pourrait se contenter de faire imprimer, pour toutes les époques, les récits journaliers des événements. J'ose revendiquer pour l'historien du droit les mêmes prérogatives dont jouit l'historien qui, soumettant ses sources à la critique, se crée une image indépendante du passé. Les formules traditionnelles du droit du passé sont les *poteaux indicateurs* et non les *bornes* de ses recherches.

Faisons maintenant un pas en avant dans l'examen de la structure de l'organisme juridique. Les règles du droit dont nous nous sommes occupés jusqu'ici, se déduisent par voie d'abstraction de l'examen des relations de la vie, elles sont faites pour en exprimer et en fixer la nature intime. Il faut souvent le concours de plusieurs de ces règles pour établir la forme juridique d'une seule relation de la vie; elles trouvent alors dans ce but commun leur point de réunion, elles l'entourent comme les muscles entourent les os. La relation de vie ainsi traduite en forme juridique, peut être à son tour dans un rap-

port de dépendance envers une autre relation, avec laquelle elle est connexe : par exemple comme phase ou moment transitoire de cette dernière, témoin l'acquisition ou la perte des droits vis-à-vis des droits eux-mêmes ; ou comme conséquence, témoin la succession de l'héritier dans les dettes de son auteur, à l'égard de l'adition de l'hérédité; ou comme espèce d'un genre, témoin le contrat de vente, en regard des contrats en général, et ceux-ci vis-à-vis des obligations. De cette manière, les divers rapports juridiques de la vie, qui comme tels, peuvent être l'objet d'un examen séparé, se réunissent autour de quelques grandes unités systématiques : *les institutions juridiques*.

Celles-ci, pour employer un langage figuré, nous représentent l'ossature du droit, à laquelle se rattache sa substance entière, composée des règles du droit.

La mission de la science est d'étudier cette disposition des membres du droit, et de chercher la véritable place des plus petits aussi bien que des plus grands. Ce côté systématique de la jurisprudence est infiniment plus important qu'il ne paraît au premier abord; aussi en ferons-nous l'objet d'un examen spécialement approfondi.

La grande importance de cette mission de la jurisprudence ne résulte point de ce que l'on ne saurait comprendre le droit sans connaître sa connexion systématique, car tel est le cas pour tout objet de l'entendement. D'autre part, il est devenu superflu, aujourd'hui, de faire remarquer que le système, en matière de droit comme pour toute autre branche de connaissances, ne doit pas être un ordre artificiellement appliqué à l'objet, mais un ordre que l'on extrait du fond même de l'objet. Le premier est une disposition étrangère à l'objet et dans laquelle on le fait entrer avec violence; c'est un réseau que l'on peut jeter aussi bien sur tel droit que sur tel autre, qui entrave, plutôt qu'il ne facilite, l'intelligence de la structure de l'objet individuel. Qui dit système, dit ordonnance interne de la chose même. Tout système est donc parfaitement individuel, chaque droit à son système propre qui ne convient point aux autres.

L'esprit systématique appliqué au droit présente cette particularité qu'il ne sert pas seulement, comme dans les autres sciences, à mettre chacune des parties à sa vraie place, mais ce procédé de forme exerce encore une réaction sur le fond même de l'objet auquel il s'applique; il s'opère par son moyen une transformation interne des règles du droit. Réunies en quelque sorte en une agrégation plus élevée, les règles du droit dépouillent leur forme de commandements et de défenses, pour revêtir celle d'éléments et de qualités des institutions juridiques. C'est ainsi que naissent, par exemple, les définitions des institutions, les conditions constitutives des actes juridiques, les qualités des personnes, des choses, des droits, les divisions de toute espèce, etc. L'homme étranger au droit, habitué à se représenter une règle juridique sous une forme impérative, ne peut comprendre qu'une grande partie du système juridique puisse se dépouiller entièrement de cette apparence; il admettra moins encore, que les définitions, les divisions, etc., en un mot la logique dogmatique, renferment une importance pratique plus intense que les règles du droit. Cette logique du droit est en quelque sorte la fleur, le précipité des règles du droit; une seule définition bien faite peut comprendre le contenu pratique de dix règles antérieures. Citons quelques exemples et commençons par quelques propriétés des choses, dont on ne dirait nullement qu'elles doivent leur origine à des règles du droit, et qu'elles n'ont fait que se convertir de nouveau en règles juridiques.

Le premier exemple d'une conversion pareille se trouve dans la division des choses en *res in commercio* et *extra commercium*. La règle de droit qui se cache sous cette division, c'est qu'il y a certaines choses qui sont complètement soustraites à la puissance privée. Cette conversion est plus difficile à reconnaître dans la division des choses en choses composées et simples, choses divisibles et indivisibles, car cette division ne concerne pas une qualité juridique, mais une simple qualité naturelle des choses. Elle présente cependant une efficacité pratique; elle ren-

ferme, par exemple, la règle suivante : lorsqu'une chose est jointe à une autre de telle ou telle qualité, tous les rapports juridiques qui régissaient d'abord la chose jointe s'éteignent; si elle est de telle ou telle qualité, la possession seule s'éteint, la propriété et les autres droits continuent; aussi longtemps que dure la réunion, le propriétaire de la chose composée se trouve dans tel ou tel rapport avec les parties qui la composent; si la réunion cesse, il arrive telle chose de la possession et de l'usucapion, et telle autre chose de la revendication et de la propriété, etc. En un mot, il y a beaucoup de questions pratiques nées de la décomposition d'une chose en plusieurs, ou de la réunion de plusieurs en une, qui peuvent être résolues médiatement par le développement des qualités des choses dont il est ici question.

Citons encore comme exemple la définition d'un droit quelconque, par exemple du gage. On le définit ainsi : le droit de gage est un droit sur la chose d'autrui, par lequel on peut la vendre et en employer le produit à acquitter une créance. Cette définition renferme les règles de droit suivantes : 1) la convention qu'un créancier pourra vendre la chose d'autrui pour éteindre sa créance est juridiquement valable; 2) si la chose sort de ses mains, il a une action contre le tiers possesseur en restitution de cette chose *(in rem actio);* 3) la chose donnée en gage doit être la chose d'autrui, on ne peut avoir de droit de gage sur sa propre chose, et ce droit s'éteint par conséquent, lorsque le créancier acquiert la propriété de la chose engagée; 4) l'existence d'une créance est une condition du droit de gage, il s'ensuit que ce droit s'éteint lorsque la créance vient à s'éteindre et qu'il ne naît que s'il existe une créance, etc.

Cette conversion des règles du droit en définitions juridiques est ce qui différencie le développement et l'intuition scientifiques du droit, de son exposition dans un code. Le législateur peut se borner à établir ses volontés dans leur forme originaire, immédiatement pratique; la science au contraire n'a pas seulement la mission d'expliquer et de coordonner ces volontés; elle doit aussi les réduire en éléments logiques de

son système. Le législateur nous offre pour ainsi dire des corps composés, qui ne l'intéressent que par leur utilité immédiate, la science au contraire en entreprend l'analyse et les résoud en corps simples. C'est dans cette opération que l'on voit que des règles en apparence hétérogènes ont été composées à l'aide des mêmes éléments, et qu'elles peuvent dès lors être effacées; que mainte règle ne diffère d'une autre qu'en un seul point, et qu'il suffit d'indiquer ce dernier; que mainte règle se compose uniquement de plusieurs éléments dont la notion est simple; et qu'il suffit par conséquent de réunir ces éléments pour obtenir la règle. Par une analyse pareille s'acquiert la connaissance de la véritable nature des règles du droit; elle offre cet avantage, que la science au lieu d'une foule innombrable de règles les plus diverses, obtient un nombre déterminé de corps simples, au moyen desquels elle peut recomposer, lorsqu'elle le veut, chacune des règles du droit ([14]). La *simplification* n'est pas le seul avantage que présente cette analyse. Les définitions ainsi acquises ne sont pas de simples décompotions des règles de droit proposées, au moyen desquelles on ne peut reconstituer que ces règles mêmes; mais cette analyse a un mérite bien plus précieux, en ce qu'elle fournit la possibilité d'accroître le droit au moyen du droit lui-même, de l'agrandir par ses propres forces intrinsèques. La combinaison des divers éléments permet à la science de créer de nouvelles notions et de nouvelles règles. Les notions juridiques sont fécondes, elles s'accouplent et en engendrent d'autres. Les règles du droit, comme telles, n'ont point cette force génératrice, elles sont et restent elles-mêmes jusqu'à ce qu'elles aient été réduites à leurs éléments simples et qu'elles aient été placées ainsi, en ligne

([14]) Il peut y avoir, il est vrai, des dispositions qu'il est complètement impossible de décomposer; ce sont des prescriptions purement positives qui résistent à tous les efforts de la science et que l'on ne peut inscrire que comme règles, à la place qui leur convient dans le système.

ascendante comme en ligne descendante dans des rapports de parenté avec d'autres; en d'autres termes jusqu'à ce qu'elles puissent témoigner de leur descendance d'autres notions, et en créer à leur tour de nouvelles, tirées de leur propre sein (15).

Nous avons examiné jusqu'ici l'influence que cette analyse et cette ordonnance systématique des règles du droit exercent sur le droit même. Elle consiste, en un mot, à *élever les règles du droit au rang d'éléments logiques du système.* Mais cette opération a pour la vie, aussi, la plus haute importance. Elle nous fournit, pour ainsi dire, les réactifs simples pour les faits concrets de la vie, qui sont infiniment compliqués. Celui qui voudrait les résoudre, armé seulement des règles du droit, serait dans un continuel embarras, car la vie a de si inépuisables combinaisons, que la casuistique la plus riche d'un code paraîtrait toujours mesquine en présence de ses espèces toujours renouvelées. Au contraire, avec ce petit nombre de réactifs, nous résolvons chaque cas qui se présente. Je pourrais me servir d'une autre comparaison encore, et appeler cette structure systématique ou logique du droit, l'alphabet du droit. Le rapport qui existe entre un code conçu casuistiquement et un droit réduit à sa forme logique, est le même qui existe entre la langue chinoise et la nôtre. Les Chinois ont pour chaque idée un signe particulier, la vie d'un homme suffit à peine pour les connaître tous, et les idées nouvelles réclament d'abord l'inven-

(15) Pour en donner un exemple, supposons qu'un législateur nouveau ait à remanier le droit de gage tout entier. La mission de la science consistera à décomposer tout d'abord le droit de gage en ses deux éléments : l'élément réel (droit sur la chose d'autrui) et l'élément obligatoire (les rapports personnels de créance entre le créancier gagiste et le débiteur). Elle recherchera ensuite à quelle modification est soumise dans cette combinaison qui forme le droit de gage, l'idée du droit sur la chose et l'idée de la créance. Cette modification deviendra alors l'élément spécifique du droit de gage, élément qui seul aura besoin d'une élaboration ultérieure et dans lequel se trouve le principe générateur du droit de gage.

tion de signes nouveaux. Nous, au contraire, nous possédons un petit alphabet au moyen duquel nous pouvons composer et décomposer tous les mots. Il est facile à apprendre et ne nous fait jamais défaut. Un code casuistique contient pareillement une foule de signes pour des cas particuliers déterminés. Un droit réduit à ses éléments logiques, nous offre au contraire l'alphabet du droit, au moyen duquel nous pouvons déchiffrer toutes les modalités nouvelles de la vie, si extraordinaires qu'elles puissent être.

Ces explications fournies, on comprendra l'observation que nous avons faite plus haut, que la quantité des règles du droit est un signe de faiblesse. Elle dénonce l'impuissance de la force digestive intellectuelle, l'absence de la force nécessaire pour extraire la quintessence logique de la somme des règles, et pour convertir celles-ci en chair et en sang. C'est cette force précisément que possède la jurisprudence; elle constitue sa propriété caractéristique, et son application continuelle aux règles du droit est pour elle un devoir inéluctable ([16]).

Remontons maintenant jusqu'à notre point de départ, et faisons l'application des conclusions auxquelles nous avons abouti. Nous possédons une compréhension plus large de l'organisme du droit; nous savons que la plupart des règles du droit sont susceptibles de devenir des éléments logiques du droit; ceux-ci, à leur tour, vont se ranger dans des catégories supérieures, de sorte qu'il ne reste plus que fort peu de chose des

---

([16]) Le *Précis des notions historiques sur la formation du corps des lois russes*, St Petersbourg, 1833, jette une grande lumière sur ces points. Depuis le code de 1649, on avait publié 35,000 lois; de ce nombre il en manquait beaucoup dans les collections privées, qui coûtaient jusqu'à 5,000 roubles, et pour certaines époques plus de la moitié. Il y avait même une lacune de 48 années. Cela n'empêcha pas la commission de chercher dans le nombre insuffisant des lois, la raison de l'imperfection de l'état du droit (p. 86)! La jurisprudence ne prendra son essor, croit-elle, que lorsque tout ce chaos aura été organisé (p. 96, 100). — Il eût été bien plus sûr, de brûler la plus grande partie de ces vieux documents.

règles du droit proprement dites. Cette *précipitation*, comme nous l'avons appelée, des règles du droit en un système, n'est pas une question de goût individuel, elle n'est point le résultat de la mise en œuvre scientifique des matériaux. Elle est l'œuvre du droit lui-même. L'étudier, en négligeant les règles du droit proprement dites. c'est abandonner l'examen incomplet et superficiel de la matière, c'est pénétrer dans son intelligence intime. De même que le système n'est point quelque chose d'extérieur introduit dans l'objet, mais n'est que son ordre propre, de même l'ordonnance logique et la transsubstantiation des règles du droit, résultant en apparence d'idées systématiques préconçues, ne sont en réalité que l'affirmation de la véritable nature du droit. Le droit apparaît, à un œil exercé, comme un organisme logique d'institutions et de définitions juridiques, à un œil moins exercé, il ne présente qu'un ensemble de règles. Le premier de ces points de vue répond à la nature intime du droit, le second n'en montre que le côté extérieur, superficiel, consacré à la vie pratique.

Si, par rapport à ce côté extérieur du droit, nous avons été amenés à dire que la connaissance en est entourée de difficultés, et que, par suite, elle reste souvent imparfaite, cela est bien plus vrai encore lorsqu'il s'agit de la structure logique du droit. La nécessité pratique immédiate ne conduit qu'à la connaïssance des règles du droit. Il faut qu'un peuple soit singulièrement bien doué pour pouvoir, de la connaissance de ces règles, s'élever de bonne heure jusqu'à la découverte de l'*alphabet* du droit. Nous verrons que c'est en cela précisément que s'est manifestée la prédestination extraordinaire du peuple romain pour la culture de cette science. Les hautes difficultés que présentait cette méthode de traiter le droit étaient encore sensibles, même à l'époque des jurisconsultes classiques : *Omnis definitio in jure civili* disent-ils [17], *periculosa est : parum est ut non subverti possit ;* c'est-

(17) L. 202 de R. J. (50.17).

à-dire : toute définition créée au moyen des matériaux fournis par les règles du droit, est difficile. Il y a des cas où les jurisconsultes classiques se déclarent impuissants à donner une définition exacte, et ils insistent sur la nécessité de s'en faire une idée en observant la vie (18).

Mieux que les contemporains, l'homme d'aujourd'hui comprend le droit du passé : il lui est donné de se rendre compte de ce qui leur restait caché. S'ils ne lui ont livré qu'un amas de règles de droit, il s'en servira pour réédifier l'organisme logique du droit. S'ils ne lui ont découvert que le côté extérieur du droit consacré à la vie pratique, il s'appliquera à en découvrir la substance logique intime.

Faisons encore un dernier pas dans notre examen de l'organisme du droit. Lorsque nous considérons le droit d'un seul et même peuple à différentes époques, nous constatons que les institutions juridiques isolées (quel que soit du reste leur contraste logique, par exemple le droit héréditaire, le droit des obligations, la tutelle, etc.), ont, pendant la même période, un certain point de contact, une ressemblance de physionomie, plus grande même, plus frappante que celle qui se retrouve constamment dans une seule et même institution, aux phases successives de son développement. Nous pouvons en conclure qu'il y a dans l'ensemble de l'organisme du droit certaines forces actives qui déterminent l'esprit, le caractère et la tendance des institutions en particulier. Cette égalité des forces impulsives se con-

(18) Par exemple dans la *mora*. L. 32 pr. de usuris (22.1)... *nam difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit ; an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris.* Mais si les formules des définitions des jurisconsultes romains sont quelquefois insuffisantes, ils ont toujours été pénétrés des définitions mêmes, comme en témoigne la magistrale application qu'ils en faisaient.

cilie fort bien dans le monde moral, aussi bien que dans la nature, avec la diversité dans la forme de l'expression. Ainsi, la culture du droit romain prend son essor, au moment où la liberté romaine demeure victorieuse : les arbres fleurissent dans la vallée, quand la neige fond sur le sommet des montagnes. Dans les deux cas les phénomènes revêtent une différence extérieure; mais dans l'un cas comme dans l'autre, c'est une seule et même cause qui agit. Plus la force vitale est exubérante, et plus la forme sous laquelle elle se manifeste est variée; et réciproquement, plus la première est languissante, plus la seconde est chétive. C'est ainsi qu'en droit, les mêmes forces peuvent restreindre telle institution et élargir telle autre, ou affaiblir celle-ci, tandis que celle-là se trouvera renforcée.

Ce sont ces forces impulsives qui conservent réellement l'unité et l'individualité de l'organisme. Sans elles le droit ne serait qu'une agrégation d'institutions séparées. Elles nous représentent donc en quelque sorte le cœur de l'organisme juridique, d'où s'échappe un sang vivifiant et réchauffant, qui va circuler dans tous les membres et leur donne ce caractère individuel, auquel on reconnaît que le droit est propre à tel peuple et à telle époque. Nous sentons dans chaque veine, tantôt vive, tantôt moins rapide, la pulsation des idées générales, des vues et des aspirations de ce peuple et de cette époque, apportant lentement, et d'une manière à peine perceptible leur aliment aux diverses institutions; celles-ci sont soumises elles-mêmes au changement du temps, et effectuent dans l'organisme tout entier un changement correspondant. C'est l'élément *psychique* du droit. Il est à son apparence extérieure comme l'âme est au corps. L'esprit du peuple et l'esprit de l'époque sont l'esprit du droit.

Autant la connaissance de l'âme est plus difficile à approfondir que celle du corps, autant l'étude de cet élément psychique, de *l'esprit du droit*, est plus laborieuse que celle du corps du droit. Tandis que les règles du droit se révèlent de prime abord, tandis que les institutions et les définitions du droit se dénoncent elles-mêmes dans leur application pratique,

les forces motrices du droit sont enfouies au plus profond de son essence intime. Elles n'agissent que peu à peu, s'infiltrant il est vrai, dans l'organisme tout entier, mais ne se manifestant régulièrement nulle part d'une manière assez évidente pour qu'on doive nécessairement les apercevoir. Aucune nécessité pratique n'oblige à les connaître. Elles n'ont même rien de pratique. Ce ne sont point des règles, mais des qualités, des traits de caractère des institutions juridiques, idées générales qui par elles-mêmes ne sont susceptibles d'aucune application, mais qui ont exercé une influence déterminante sur la formation des règles pratiques du droit.

Nous ne devons pas nous étonner, après ces considérations, si ce côté du droit ne se révèle aux yeux de l'esprit que le plus tard et de la manière la plus incomplète. Nous ne devons pas nous étonner en voyant si souvent les tendances et les idées mêmes, à la réalisation desquelles travaille une génération, lui rester cachées et ne se dévoiler qu'à une génération postérieure. S'il fallait constater la nature supérieure du droit, s'il fallait démontrer qu'il n'est pas l'œuvre des hommes, ni un simple produit de la réflexion, ce seul fait en fournirait la preuve: le législateur qui édicte une loi, ayant la pleine conscience du but qu'il veut atteindre et des intentions qu'il veut réaliser, ne peut se soustraire à l'idée que cette loi est bien *son* œuvre, qu'elle ne contient que ce qu'il a voulu y exprimer; et cependant c'est l'esprit de son époque qui, à son insu, lui en glisse les matériaux dans les mains. Toute son action, tous ses efforts, dont il ne perçoit pas lui-même l'unité et la nécessité, n'apparaissent à l'observateur qui vient ensuite, que comme un moment unique et absolu du développement universel du droit. Comme la plante qui, en apparence, n'absorbe rien du dehors, prend cependant toute sa nourriture dans la terre et dans l'atmosphère, de même tout droit emprunte imperceptiblement les éléments de sa vie au monde où il a ses racines et à l'atmosphère au milieu de laquelle il grandit. Ce phénomène échappe, pendant qu'il s'opère, à la faiblesse de notre vue,

mais dès qu'il est accompli, nous sommes en mesure de remonter des effets jusqu'à la connaissance de la cause.

Si les observations qui précèdent sont vraies pour l'âge mûr des peuples, elles le sont bien plus encore pour leur enfance. L'historien peut réussir sans peine à trouver le mot de tous leurs mouvements et de tous leurs efforts, qui pour eux-mêmes restaient un secret. Dans toute institution juridique peuvent se déceler avec une évidence étonnante certaines vues nationales fondamentales, dont le peuple n'a cependant jamais eu conscience ou dont il n'a eu que le pressentiment. En effet, il n'est pas rare que ces idées non exprimées aient reçu, sous une forme voilée et mystérieuse, une expression féconde dans les mythes, l'étymologie, la symbolique, etc. : — pendant son sommeil le génie du peuple a fait un aveu, que nous ne lui aurions jamais arraché pendant qu'il veillait.

Il y a là un champ fertile pour l'activité de historien. Mais ne nous le dissimulons point, le terrain est glissant. Plus il s'y avance, plus il cherche à s'approcher du laboratoire de l'histoire, et plus les formes qu'il rencontre sont nébuleuses et confuses, et plus il rencontre, au lieu de l'esprit qu'il poursuit, des feux follets qui cherchent à le détourner de son vrai chemin. Tel s'est occupé de rechercher l'esprit d'une chose que cet esprit a malicieusement entraîné hors des voies : au moment où il croyait l'avoir saisi, ce n'était plus qu'un fantôme qu'il étreignait; lui seul s'y était trompé. Il en est résulté que ces tentatives ont été discréditées chez une foule de personnes. Il est des esprits étroits qui ne croient qu'à ce qu'ils peuvent toucher. Ceux là restent fidèles à leur nature, lorsqu'ils ne voient dans ces spéculations qu'un vain jeu de l'imagination. On comprend que cette appréciation se soit répandue parmi les praticiens. Thomas l'incrédule, qui, lui aussi, aimait mieux toucher que voir, serait plutôt leur patron, que Saint Ivon.

Tandis que toute l'étude que nous avons faite jusqu'ici nous

a constamment conduits à la conclusion que le droit ne doit pas être confondu avec sa connaissance subjective, et qu'il importe, pour l'étudier, d'en examiner aussi les côtés internes et les parties latentes, la méthode dominante usitée pour étudier le droit se borne au fond à l'exposition dogmatique, c'est-à-dire à la reproduction des lois, des règles et des définitions que la tradition historique nous a transmises. Son éternel refrain pour le droit romain est l'*étude des sources*, et la pensée la plus hardie qu'elle soit capable de concevoir est de ressusciter la *pure* théorie romaine. Si la chose était possible, elle jetterait par dessus bord tout ce qui n'est pas directement exprimé dans le droit romain. Elle ferait reculer notre éducation scientifique jusqu'à l'époque d'Ulpien et de Paul. Mais l'époque d'Ulpien et de Paul est passée pour toujours, et tous les efforts du monde ne la ramèneront pas. Pour l'évoquer encore aujourd'hui, il faut avoir oublié que chaque époque doit être un original et non la copie d'un autre temps, que chaque époque peut et doit considérer le même objet historique sous le point de vue qui lui est particulier, à elle-même, et que de cette manière, à chaque nouvelle génération se dévoilent de nouvelles faces de cet objet. En présence de cette tendance, il est nécessaire de définir notre opinion avec plus de soin et d'assigner à l'étude dogmatique et historique du droit romain un but plus élevé que celui de reproduire simplement la doctrine des Romains.

2. Physiologie de l'organisme juridique. — Ses fonctions dans la vie. — Réalisabilité formelle du droit. — Mission de l'historien en présence du droit du passé.

4. Le but des organes se révèle dans leurs fonctions : les organes existent pour accomplir certaines fonctions. Leur organisation toute entière est dirigée vers ce but. Cela est vrai pour l'organisme juridique comme pour l'organisme physique. En droit aussi, la connaissance des fonctions est nécessaire à

l'intelligence des organes. La physiologie est nécessaire à la véritable intelligence de l'anatomie.

Juger d'un droit comme on le ferait d'un système philosophique serait donc une erreur profonde. Le droit ne doit point être considéré au seul point de vue de son mérite intellectuel, de l'ordonnance logique de ses membres et de son unité. Peu importe que sous ce rapport il paraisse un chef-d'œuvre, en cela ne réside point sa véritable valeur; celle-ci gît toute entière dans ses fonctions, c'est-à-dire dans la possibilité de sa réalisation pratique. Qu'importe qu'une machine présente l'aspect d'une œuvre d'art, si comme machine elle est impropre à l'usage?

Cette importance des fonctions du droit a cependant souvent été négligée. La raison en est que ce côté pratique du droit devient moins apparent à mesure que le droit se transforme, en s'élevant (comme nous l'avons dit au § précédent, p. 38) de son état inférieur d'agrégation de règles, jusqu'à son expression la plus élevée, celle d'ensemble de définitions. La forme impérative des commandements et des défenses, les expressions : « telle chose sera, et de telle manière... éveillent presque nécessairement la question : *pourquoi?* Mais il en est tout autrement dès que les règles du droit ont dépouillé cet aspect, pour se transformer en idées ou définitions juridiques. Alors la critique s'attache plutôt à leur valeur *logique* qu'à leur *utilité pratique*. C'est même une illusion facilement entraînante de croire qu'il est grand et élevé de traiter la matière du droit comme si elle était une émanation de principes préétablis, de croire que les principes du droit sont l'origine, qu'ils existent par eux-mêmes. La réalité est que la disposition logique toute entière des membres du droit, quelque complète qu'elle puisse être, n'est qu'une chose secondaire, un produit du but auquel elle doit servir. Les principes ne sont même établis de telle ou de telle façon, que parce que cette forme seule satisfait aux besoins de la vie; et telle est la raison pour laquelle leur libre développement logique est fort souvent suspendu ou entravé. Sans cette influence,

la valeur logique du droit serait souvent supérieure, mais son utilité pratique serait moins grande ([19]).

La fonction du droit, en général, est de se réaliser. Ce qui ne se réalise point, n'est point du droit. Dans le sens opposé, tout ce que produit cette fonction, est droit, même avant d'être reconnu comme tel (droit coutumier.) L'usage réel est la première consécration du droit, c'est le seul moyen certain de reconnaître le texte que la loi ou toute autre formule a établi. Il y a plus, il est en même temps le commentaire et la critique de ce texte. *Usus longo tempore unus est legum corrector,* comme dit TITE-LIVE (XLV, 32). Aucun code de lois, aucun recueil systématique du droit d'une époque ou d'un peuple quelconques ne sauraient donc être compris sans la connaissance des conditions réelles de ce peuple et de cette époque. La vie seule nous apprend la raison de l'existence des règles du droit, leur signification, et nous fait connaître les obstacles ou le secours que rencontre leur efficacité dans les circonstances de la vie, etc. Le droit tel qu'il se montre à nous dans ses formules législatives est semblable au plan d'une machine; la meilleure explication, et la critique en même temps nous est offerte par la machine même, lorsqu'elle fonctionne; alors plus d'un ressort inaperçu d'abord révèle sa profonde importance,

([19]) Les Romains nommaient cette influence de la vie sur le développement logique du droit : *jus singulare*. Ils nommaient la logique du droit : *ratio* ou *regula juris*. V. p. ex. L. 16, de legib. (1.3.) JUS SINGULARE *est, quod contra tenorem* RATIONIS *propter aliquam* UTILITATEM AUCTORITATE CONSTITUENTIUM *introductum est.* L. 15 ibid. *In his, quæ* CONTRA RATIONEM JURIS *constituta sunt, non possumus sequi* REGULAM JURIS. Les Romains contestaient avec raison au *jus singulare* la productivité logique, afin que la brèche faite au droit ne devînt pas plus grande qu'il ne fallait. Le *jus singulare* était appliqué dans toute son étendue possible, mais ce n'était point un *principe productif* L. 14 ibid : *Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

et plus d'un rouage très saillant, très nécessaire en apparence, devient assez superflu. La raison de l'existence de telle institution et de sa forme se trouve dans le but et dans les besoins de telle époque déterminée. Dans les conditions établies par cette dernière, se rencontre la raison pour laquelle telle institution est devenue possible et telle autre inutile. Cette idée que nul droit ne peut se comprendre si ce n'est au point de vue de la vie réelle, n'a pas besoin de justification même pour ceux qui sont étrangers au droit ([20]). Je dois entrer cependant dans quelques explications au sujet d'une propriété du droit qu'exige son but de réalisation. Je veux parler de la *réalisabilité formelle* du droit ([21]).

Je distingue la réalisabilité *matérielle* du droit de sa réalisabilité *formelle*. Par la première, j'entends l'utilité ou l'opportunité des dispositions du fond du droit. Elle est naturellement

([20]) Je me permettrai seulement encore de faire remarquer le rapport qui existe pour les institutions juridiques particulières, entre leur structure ou leur anatomie, et leurs fonctions. Il peut y avoir des institutions de structure anatomique différente avec des fonctions identiques ou semblables, par exemple le legs et la *donatio mortis causa*, l'oppignoration du droit ancien en forme de *fiducia* (transfert de la propriété) et le *pignus* du droit nouveau, la cession et la délégation, la curatelle et la tutelle, l'extinction de l'action et la perte du droit par la prescription d'autrui, etc. Au contraire, la structure peut être semblable ou rester essentiellement la même pour une seule et même institution, et les fonctions être très diverses, comme par exemple dans la constitution républicaine qui conserva sa structure anatomique (peuple, sénat, magistrat), sous les premières années de l'époque impériale. — Notre méthode juridique attache malheureusement trop de poids à la structure anatomique des institutions et trop peu à leurs fonctions. A ce point de vue PUCHTA, par exemple, est logique lorsqu'il place la tutelle dans le droit des obligations.

([21]) Pour la suite des idées, je reproduis ici sans la modifier, toute l'explication qui suit, tirée de la première édition, bien que j'aie traité le même objet pour la seconde fois dans la théorie de la technique (tome III, p. 15 ss.), sous le nom de *praticabilité* du droit.

tout à fait *relative,* déterminée qu'elle est par le rapport, relevé plus haut, qui existe entre le droit et la vie par suite des exigences de l'époque, du caractère particulier du peuple, et par suite des conditions mêmes de la vie. Par réalisabilité formelle, au contraire, j'entends la *facilité* et la *sûreté* de l'application du droit abstrait aux espèces concrètes. Selon que cette opération demande une dépense plus ou moins considérable de force intellectuelle, selon que ses résultats sont plus ou moins certains, je dirai qu'il y a une réalisabilité formelle plus ou moins grande. Non point que j'entende par là la facilité ou la difficulté que l'on rencontre à comprendre les règles du droit qu'il faut appliquer. Du moment qu'une règle de droit a été *une fois* exactement comprise, la tâche est accomplie et il n'y a plus lieu d'y revenir pour chaque cas particulier. La tâche dont la facilité ou la difficulté est ici en jeu, concerne *l'application* de la règle, la transformation de la règle abstraite en droit concret, et cette tâche se renouvelle à chaque cas particulier. Appliquer une règle de droit, c'est discerner et exprimer *concrètement,* ce qu'elle propose *abstraitement.* Or, cette opération peut présenter une facilité très grande, tout aussi bien qu'elle peut être hérissée de difficultés. L'habileté et la rectitude du jugement (*diagnostic* juridique) de celui qui doit appliquer la règle ont bien ici une grande influence, mais la difficulté ou la facilité objective d'application d'une règle est déterminée par la règle elle-même, selon que ses dispositions sont liées à des criteriums difficiles ou faciles à reconnaître.

Toute règle du droit attache à une hypothèse déterminée (« si quelqu'un a fait ceci ou cela »), une conséquence déterminée (« dans ce cas, il arrivera ceci ou cela ») (22). Appliquer

(22) Cette forme (si... dans ce cas) est la plus simple et la plus claire; elle est au fond de toute règle de droit bien qu'elle ne soit pas toujours expressément employée. Par exemple : les mineurs resteront sous tutelle jusqu'à l'âge de 25 ans, les fidéjussions des femmes sont nulles, etc.

la règle, c'est donc : 1° rechercher si l'hypothèse se réalise dans l'espèce concrète; et 2° exprimer d'une manière *concrète*, la conséquence purement *abstraite;* par exemple évaluer en argent le dommage que quelqu'un doit réparer. On le comprend, la teneur de cette hypothèse et de sa conséquence est d'une importance très grande. Prenons pour exemple la manière de traiter l'injure dans le droit romain ancien et dans le droit nouveau. Dans le droit ancien, la conséquence de l'injure, c'est-à-dire sa peine, consistait en une amende déterminée (25 as), dans le droit nouveau elle était laissée à l'appréciation du juge. Là, du moment qu'il était établi qu'une injure avait été commise, la conséquence (condamnation à 25 as) s'ensuivait d'elle-même. Ici, au contraire, il fallait encore calculer soigneusement les circonstances individuelles du cas, c'est-à-dire la position sociale de l'offenseur et de l'offensé, le temps, le lieu, etc., et la fixation de la peine pouvait souvent offrir de grandes difficultés au juge. Quant à « *l'hypothèse* », il est également évident que si elle a pour objet la « *lésion de l'honneur* », d'une manière générale, la recherche de l'existence de cette hypothèse dans l'espèce concrète dont il s'agit est beaucoup plus difficile que si, comme dans plusieurs lois anciennes, elle se réfère à un fait déterminé, extérieur et facile à reconnaître, par exemple : « si l'on a frappé quelqu'un, si on l'a accusé d'un délit, etc. »

Plus les conditions et les conséquences d'une règle du droit sont déterminées d'une manière générale et interne et plus il est difficile de les reconnaître d'une manière concrète. Plus elles sont concrètes et extérieures et plus il est facile de les reconnaître. Cette facilité de reconnaître concrètement les abstractions du droit est dans la pratique plus importante que

L'hypothèse est ici : *si* quelqu'un n'a pas encore atteint l'âge de 25 ans, *si* une fidéjussion a été contractée par une femme, la conséquence est la suivante : *dans ce cas*, il sera sous tutelle, etc.

la perfection logique du contenu abstrait du droit. Telles dispositions qui au fond sont grossièrement charpentées, mais qui sont rattachées à des *criteriums* extérieurs, faciles à reconnaître *in concreto*, l'emportent au point de vue pratique sur des règles du droit à l'abri de toute critique sous le rapport du fond et de la forme, mais dont on a négligé la réalisabilité formelle. En effet, l'importance de cette dernière qualité n'est pas seulement de *faciliter*, de *simplifier* et par conséquent *d'accélérer* l'application du droit, mais encorer *d'assurer* la réalisation *uniforme* du droit. Plus les caractères propres à classifier, sont extérieurs et saillants, plus il y a de chance pour que chaque point soit exactement classé; au contraire plus ces caractères sont internes, et plus augmente le danger des erreurs.

La *facilité* d'application exerce sur le développement logique du droit une influence déterminante. Elle contraint souvent les idées juridiques à abandonner une partie de leur pureté primitive, pour revêtir une forme qui les rend plus facilement maniables en pratique. Ce qu'elles perdent d'un côté, elles le regagnent avec usure de l'autre. Pour éclaircir ce point, nous prendrons l'exemple de la capacité personnelle civile et politique (majorité et droit électoral). Supposons qu'un législateur veuille la régler légalement, et qu'il parte de cette idée : sera majeur celui qui possède le discernement et la fermeté de caractère nécessaires, pour régler lui-même ses affaires ; sera électeur et éligible celui qui a la capacité et la volonté de contribuer au bien de l'état. Quelque juste que soit cette idée, il n'en serait pas moins absurde de l'ériger en loi sous cette forme abstraite, on perdrait un temps et des peines infinis à discerner dans chaque espèce concrète l'existence de ces conditions. Ce législateur créerait une source inépuisable de controverses, il ouvrirait un libre champ à l'arbitraire du juge. L'application la plus irréprochable de sa loi ne serait pas à l'abri du reproche de partialité qu'il aurait lui-même provoqué. Comment le législateur évitera-il cet écueil? Au lieu de ces conditions, il en fixera d'autres, qui ont avec celles-là une certaine connexité régulière quoique non nécessaire, mais qui ont sur elles l'avan-

tage de pouvoir être reconnues concrètement d'une manière plus facile et plus sûre; par exemple, l'âge accompli de 25 ans pour la majorité, la possession d'une certaine fortune, l'exercice de certaines professions, etc, pour l'électorat. Cette déviation de l'idée législative originaire, cet échange d'une hypothèse évidemment plus exacte sous le rapport abstrait, contre une autre moins exacte et moins adéquate, mais plus facile à reconnaître en pratique, est donc commandée par le but du droit, en vue de la facilité et de la sûreté désirables pour son fonctionnement. Il peut arriver, çà et là, dans l'application, qu'il en résulte des malentendus, que la majorité ou l'électorat, dans notre exemple, soient refusés ou accordés dans des cas particuliers, où ils ne le seraient point d'après l'idée abstraite; mais il n'en faudrait pas moins donner la préférence à ce mode de procéder au point de vue des nécessités de la vie. Ce point de vue, en droit, est le seul décisif.

L'idée de la réalisabilité formelle du droit est donc un principe étranger à la logique interne des notions juridiques, qui en modifie ou en entrave souvent le libre développement. Ce principe oblige à faire ressortir le fond intime des notions, à rechercher, pour les distinctions et les notions internes, des criteriums extérieurs aussi adéquats que possible, en un mot il conduit à établir une *symptomatique du droit*. Comme conséquences de ce principe, outre la manifestation extérieure des « conditions » dont il vient d'être parlé, et celle de leurs résultats ([23]) qui marche de pair avec elle, on peut citer encore les *présomptions* ([24]), qui peuvent être détruites par la preuve

([23]) Par exemple, lorsque les lois au lieu d'accorder des dommages-intérêts à liquider dans chaque cas particulier, en fixent d'avance le quantum : intérêts moratoires, double (*duplum*) de la valeur de la chose et des fruits, amende déterminée, *sponsio tertiæ partis*, transfert de la possession à titre de peine, *fructus licitatio*, etc.

([24]) Notre science actuelle et notre législation sont sous ce rapport bien en arrière de la jurisprudence romaine. La législation sur le change et le

contraire, les *fictions* qui n'admettent point cette preuve, les formes des actes juridiques ([25]), etc.

Nous venons d'établir que l'on ne peut comprendre ni juger le droit d'un peuple quelconque ou d'une époque quelconque, lorsqu'on veut l'étudier et l'exposer au seul point de vue de sa structure anatomique, comme système de droit. Cette idée a un caractère d'évidence tel que l'on peut à peine comprendre comment on a pu la méconnaître en traitant de l'histoire du droit romain et surtout du droit privé ([26]). C'est cependant ce qui est arrivé le plus souvent. La plupart des traités sur l'histoire du droit romain ne contiennent autre chose que l'histoire dogmatique, c'est-à-dire l'histoire de la législation et de la doctrine, sans présenter une exposition du droit, tel qu'il existait en réalité. La doctrine perd par là son fond vivant; elle est isolée de sa corrélation avec le monde réel, dans lequel elle trouvait le fondement et les conditions de son existence, et par cela même sa justification et son intelligence. Aussi n'est-il guère étonnant que beaucoup d'institutions juridiques prennent une tournure telle, qu'elles paraissent, à celui qui les examine impartialement, comme des caricatures, comme un mélange de choses incompréhensibles ([27]). Un historien de profes-

---

code de commerce allemand font seuls une louable exception. On tient même pour très méritoire de déclarer la guerre à toutes les présomptions que le droit romain lui-même n'a pas exprimées, mais que la pratique antérieure a établies avec beaucoup d'intelligence.

([25]) Par exemple du testament. Sans ces formes, la question de savoir si et comment un individu a disposé de sa succession, serait très difficile à résoudre *in concreto;* on pourrait en arriver à prendre pour disposition de dernière volonté toute déclaration d'une personne relativement à des dispositions qu'elle a l'intention de faire plus tard.

([26]) Mon reproche ne s'étend point aux travaux historiques sur le droit public et la procédure criminelle.

([27]) V. par exemple l'exposition des rapports de puissance en droit romain, § 36.

sion qui voudrait écrire l'histoire du droit romain, ne pourrait verser dans cette erreur que les romanistes commettent tous les jours. Je suis persuadé que l'histoire du droit romain aurait fait de grands progrès si les historiens de profession s'en étaient occupés davantage ([28]). La raison en saute aux yeux. Le regard de l'historien n'est point *a priori* tourné vers les abstractions et les formules juridiques du passé; il préfère rechercher la substance juridique et morale de la vie du passé dans sa totalité; ces abstractions ne peuvent ainsi jamais lui apparaître isolées. Le jurisconsulte, au contraire, s'est fait une seconde nature de n'observer dans les rapports substantiels que le côté purement juridique. Ses regards, même lorsqu'il explore le terrain de l'histoire du droit romain, se portent exclusivement ou principalement sur le contenu dogmatique. Il faut ajouter que les sources auxquelles il doit puiser les matériaux de son travail étaient, en leur temps, des travaux dogmatiques, auxquels manque naturellement ce fond réel dont nous parlions plus haut, par le motif que leurs auteurs écrivaient pour leurs contemporains et non pour les historiens futurs du droit. Dès lors nul besoin pour eux de suppléer pour leurs lecteurs la condition de l'intelligence de leurs œuvres, c'est-à-dire le spectacle de l'ensemble de la vie romaine. Les matériaux que l'historien du droit trouve dans ces sources sont de nature *déductive*, et non *descriptive*; ils sont, bien que datant de l'époque de Labéon ou de Paul, d'une tendance aussi dogmatique que s'ils avaient été empruntés

([28]) J'ai fait de bonne heure cette expérience avec la courte esquisse de l'histoire du droit romain qui se trouve au chap. 44 de Gibbon. J'ai été cependant quelque temps avant de me rendre compte du motif pour lequel elle exerçait sur moi une attraction infiniment supérieure à celle que les travaux bien plus étendus, publiés jusqu'alors par les jurisconsultes, avaient produite sur mon esprit. Gibbon est le premier qui ait offert à mes yeux un tout, très concis il est vrai, mais concordant et plein de vie, tandis que je n'ai trouvé dans tous les autres auteurs que des lambeaux et des fragments de règles, de lois, etc.

à un de nos cours de Pandectes actuels. Ces matériaux passent ensuite par le creuset, de nature purement dogmatique lui aussi, de la *théorie* du droit, dans lequel la vie avec ses rapports de fait, avec ses coutumes et ses mœurs ne peut trouver à se loger, précisément parce que ces forces et ces rapports ne sont pas des idées juridiques. Il se fait ainsi, qu'au lieu de l'histoire du droit, nous n'avons autre chose, au fond, que des *manuels d'institutes ou de Pandectes des diverses périodes de l'histoire romaine.* Ce sont des expositions qu'un juge de ces temps-là aurait peut-être pu employer avec succès dans un but pratique, mais qui ne sont d'aucun secours au jurisconsulte d'aujourd'hui pour lui faire concevoir la vie juridique du passé. Ce juge possèderait déjà la connaissance de cette vie, l'appareil dogmatique qu'on lui présenterait serait dès le principe intelligible pour lui. Le jurisconsulte moderne, au contraire, n'y trouve point ce qu'il lui faudrait y rencontrer : une image de la vie du droit du passé; il n'a devant lui qu'une reproduction de sa théorie.

Dans le paragraphe précédent, nous exigions que les travaux sur l'histoire du droit romain ne se bornassent point à formuler la théorie romaine; dans le présent paragraphe nous aboutissons à la même conclusion. L'élaboration *dogmatique* du droit d'une époque quelconque, faite par un contemporain, ne peut être prise pour modèle par celui qui, dans un âge suivant, cherche à réaliser une exposition *historique* de ce droit, car son prédécesseur a passé sous silence mainte chose qu'il aurait *pu* dire, mais qui pour *ses* lecteurs était superflue. L'historien doit suppléer à cette lacune pour son propre public, au moyen d'autres sources historiques. Ce que le contemporain n'a pu dire parce que cela lui échappait, l'historien moderne, qui a sous les yeux tout le cours du développement historique, et qui le passe en revue d'un seul coup-d'œil, doit le suppléer. Le premier de ces travaux tendant à compléter l'histoire du droit, a pour but de relier la théorie à la vie, le second, de la compléter du dedans au dehors et de la spiritualiser.

CHAP. II. — *Conditions contenues dans la notion de l'histoire*

Distinction des faits non essentiels. — Connexité interne des faits et du temps. — Chronologie interne ou détermination absolue et relative du temps d'après des criteriums internes.

5. Dans le droit, comme dans toutes choses, le temps amène des changements. Mais ce seul fait n'autorise pas à parler d'une histoire du droit. Si l'histoire n'était autre chose qu'un jeu varié d'événements extérieurs, qu'une série de changements, il y aurait aussi une histoire du vent et de la pluie : l'histoire pourrait se borner à reproduire dans leur ordre chronologique, les lois et les coutumes.

Tout ce qui arrive n'est pas de l'histoire ; c'est ce que le simple bon sens indique. Il importe donc à l'histoire de savoir, moins que quelque chose est arrivé, que ce qui est arrivé. Dès les premiers pas de la science historique, se manifeste déjà la séparation entre les événements *essentiels* et *non essentiels*, *historiques* et *non historiques*. L'homme accomplit tous les jours et à toute heure du jour des actions que nul biographe ne daignerait relever : il est aussi dans la vie des générations de ces occupations journalières que l'annaliste le plus scrupuleux néglige comme constituant des faits non historiques.

Cependant, bien que la séparation entre les faits dignes d'être rapportés et les autres, soit une loi absolue pour les historiens de tous les temps, la mesure de cette séparation n'en est pas moins relative; elle varie selon le point de vue et le but qu'ils poursuivent. Ce que recueillera avec soin le nouvelliste contemporain sera peut-être déjà rejeté comme un fait insignifiant par l'historien de la génération suivante. Celui-ci mettra au contraire en relief, comme essentiel, un fait auquel le premier

n'avait attaché aucune importance. C'est ainsi que chaque époque recommence à passer au crible les matériaux qui lui ont été livrés.

En est-il autrement en matière de droit? Tout ce qui arrive y est-il de l'histoire? N'y a-t-il pas aussi des lois d'une insignifiance historique telle qu'elles n'ont pas plus d'importance pour l'histoire du droit que n'en ont pour sa biographie les occupations quotidiennes d'un individu? Y aura-t-il jamais un historien qui fasse à notre époque l'honneur d'énumérer toutes ses lois sur le timbre, sur les délais de la prescription, etc.? Ces lois peuvent du reste avoir une grande importance pour le présent, de même que le boire, le manger, le sommeil, etc., pour l'individu, mais quel intérêt présentent-elles pour l'historien? L'arbitraire que l'on pourrait découvrir dans ce fait que l'historien fait choix de ce qui lui paraît avoir de l'importance, n'est autre chose que la distinction que doit faire toute personne, même pour rapporter l'évènement le plus insignifiant. Savoir discerner ce qui est essentiel, est une qualité indispensable pour tout narrateur. Celui qui, par un faux esprit d'exactitude, veut relater tout ce qu'il trouve dans les actes, ferait bien mieux de les copier que de les décrire. L'historien du droit qui ne sait jamais se résoudre à tenir pour lui les notices historiques qu'il a trouvées, ne mérite pas le nom d'historien, il n'est qu'un copiste (29).

(29) Les érudits savent que l'histoire du droit romain, telle que la comprennent beaucoup de travaux modernes, est réduite à n'être qu'un magasin, dans lequel ce qui est précieux est conservé avec le même soin que ce qui n'a aucune valeur. Le motif qui pousse la plupart des historiens du droit à ne pas observer cette loi, la première et la plus naturelle de l'art historique, me paraît être qu'ils ne se mettent pas à l'œuvre avec une entière liberté scientifique, et qu'ils veulent écrire l'histoire du droit, non pour l'histoire même, mais dans un autre but. L'histoire du droit doit donner la clef de la doctrine: voilà la mauvaise influence qui plane sur elle. A côté de l'intérêt historique qui est seul relevant sur ce terrain, on

Mais continuons l'examen de la mission de l'art historique. Des évènements importants isolés ne constituent point l'histoire ; ce qui est essentiel, c'est la corrélation des faits, l'unité du développement. Nous avons vu que le discernement historique, ou la faculté de distinguer les faits historiques des faits non historiques apparaît dans son premier et faible germe dès les premiers pas de la science historique. Il en est de même du *sens de la connexion historique*. En effet, la raison de la nécessité de ce sens s'impose presque aussi impérieusement à l'attention que l'observation faite plus haut, que tout ce qui arrive n'est pas de l'histoire. On remarque bientôt que certains évènements, réputés dignes de mention, bien que séparés par de longs intervalles de temps, n'en ont pas moins, en fait, la connexion la plus intime, et que d'autres, au contraire, qui se rencontrent au même moment, manquent de toute relation intime : en d'autres termes, *que la parenté interne et la connexité des faits est un élément plus essentiel que leur conjonction extérieure par les liens du temps*. En fait, tout travail d'histoire a plus ou moins sciemment pour but de découvrir la connexion réelle des faits. Depuis la première tentative informe faite pour rétablir cette connexion sous la forme d'un lien de cause extérieur, jusqu'à

---

fait intervenir l'intérêt pratique et dogmatique qui lui est complètement étranger, et l'histoire elle-même succombe sous le conflit de ces deux intérêts. Le point que l'historien devrait passer sous silence comme parfaitement insignifiant, le théoricien s'en empare comme moyen auxiliaire exégétique, et comme c'est, après tout, une notice historique, il l'introduit dans l'histoire du droit. Si le droit romain n'était pas en vigueur en Allemagne, nos histoires du droit pourraient servir uniquement à l'intérêt historique; elles auraient plus de valeur qu'aujourd'hui où beaucoup d'auteurs ne les considèrent, au fond, que comme les arsenaux historiques des Pandectes. L'intérêt *pratique* d'une partie ou d'une période quelconque de l'histoire trouble la recherche sereine du point de vue historique; — ce qui n'a point d'intérêt pratique convient mieux aux travaux de l'histoire.

la présomption téméraire de vouloir donner une forme dialectique au mouvement de l'histoire, la distance est grande. Mais tous ceux qui la parcourent ont au moins cette idée commune, que l'histoire ne consiste pas uniquement dans une succession d'évènements séparés, qu'en réalité ils sont soudés ensemble par le temps, et qu'il y a entre ces divers évènements une connexion intime. Cette connexion n'est point une chaîne, c'est l'unité et l'harmonie d'une œuvre d'art parfaite. Les idées qui se développent dans l'histoire et dans lesquelles la série des évènements trouve son unité, se groupent à leur tour en un tout harmonieux, qui n'est point le *perpetuum mobile* automatique de la dialectique, mais est le résultat d'un acte libre de Dieu et de l'humanité.

Maintenant, le droit a-t-il aussi une histoire, ou n'est-il qu'un jeu de l'arbitraire, abandonné de Dieu, un flux et un reflux de changements ? Le doute pourrait surgir lorsqu'on jette les yeux sur mainte période de l'histoire, où le droit paraît être livré à la merci des caprices d'un seul, et changer sans règles comme le vent et l'atmosphère. On pourrait en douter en parcourant les époques de catastrophes politiques, pendant lesquelles le droit sert aux passions des factions politiques, comme une arme dans la main du vainqueur, et varie avec les partis. Cependant malgré tout l'arbitraire des hommes, le droit a son histoire, c'est la main de Dieu qui la gouverne ; seulement elle n'y est pas aussi visible que dans la nature. On nous apprend à reconnaître Dieu dans la fleur et dans l'arbre, l'on nous montre les étoiles, pour trouver dans leur nombre incommensurable et dans les lois de leur mouvement le plus sublime exemple de la toute puissance de l'être suprême. Mais autant l'esprit s'élève au-dessus de la matière, autant l'ordre et la majesté du monde intellectuel s'élèvent au-dessus du monde physique : *la marche des idées morales dans le temps est plus merveilleuse encore que le mouvement des corps célestes dans l'espace.* Celles-là ne procèdent point commes ces derniers, sans rencontrer d'obstacles ; elles se heurtent à chaque pas contre la résistance

que leur opposent l'obstination et l'ignorance des hommes, et toutes les mauvaises passions du cœur humain. Si malgré tout, ces idées se réalisent au milieu du conflit de toutes ces forces opposées, si le système planétaire du monde moral se meut avec le même ordre et la même harmonie que le système planétaire céleste, il y a là une manifestation de la divine providence plus éclatante que dans toute la nature extérieure. On a parlé de la poésie du droit, en entendant par ce mot l'expression de son côté sensible et sentimental, tel qu'il se révèle, sous tant de formes sur le terrain du droit ; mais ce n'est là qu'une poésie d'un ordre inférieur, qui ne joue dans le droit qu'un rôle misérable. La véritable poésie du droit réside dans le caractère sublime du problème qu'il se propose, dans son mouvement comparable pour la majesté et la régularité à la course des étoiles. Le droit romain, plus que tout autre, est à même de nous montrer la poésie de l'ordre et de la régularité dans le développement du droit ; l'histoire de ce droit, à mes yeux, est un chef d'œuvre qui n'a jamais été surpassé, dans lequel la simplicité et l'unité les plus parfaites sont unies à l'activité la plus luxuriante dans le développement.

La plupart des traités, contenant l'exposition de l'histoire du droit romain, semblent il est vrai, contredire formellement cette opinion. Au lieu de démontrer l'unité historique de l'ensemble des institutions, ils ne déroulent sous nos yeux qu'une série de changements, sans relation apparente entre eux. Ils partagent la matière en histoire interne et histoire externe, divisant cette dernière en périodes (méthode synchronique), tandis qu'ils abandonnent cette division en périodes dans la première (méthode chronologique). C'est la négation a priori de l'unité et de l'ensemble dans le mouvement de l'histoire du droit. On cherche à justifier ce procédé en alléguant que les diverses institutions ne se sont pas également développées, que l'on ne peut par conséquent les comprendre dans des périodes égales. Cela revient à dire : les institutions du droit ont une histoire, mais le droit lui-même, comme ensemble, n'en

a point (30). HUGO, il est vrai, dans sa célèbre histoire du droit, réunit l'histoire interne et l'histoire externe du droit, il traite les deux dans les mêmes périodes, mais la liaison même qu'il découvre entre elles et les périodes qu'il établit sont de la nature la plus arbitraire : c'est lui précisément qui a poussé le système de morcellement à son plus haut degré (31).

(29) Je n'ai point à examiner ici si ce procédé ne peut être justifié par des raisons méthodologiques, au point de vue de l'enseignement académique. Il est certain, du reste, que la littérature juridique n'est pas exclusivement au service de cet enseignement.

(31) Les périodes de HUGO ne sont autre chose que des stations où les diverses institutions viennent se joindre, et d'où, lorsqu'elles sont parvenues à y converger toutes, elles poursuivent de nouveau, chacune de son côté, leur développement indépendant. Aucune institution ne se préoccupe des autres, elles n'ont qu'un seul point de commun, c'est qu'elles doivent se retrouver à la même station. Plus d'une certainement, demanderait à rencontrer plus tôt un point d'arrêt ; d'autres, dont la marche ne fait que commencer préféreraient dépasser quelque peu la station : mais non ! les unes et les autres doivent attendre au point que HUGO leur a assigné. HUGO vante dans ses stations l'avantage que l'on cherche, en effet, à atteindre le plus possible dans les stations de poste, c'est qu'elles sont à distances égales : il tente de séduire le lecteur par cette observation que : « c'est presqu'uniquement pour la facilité du lecteur (et un peu aussi » pour mettre en relief certains évènements) que l'on fait des subdivisions, » quels que soient leur nombre et leur nature. » Il paraît partir de cette idée que les forces de la pauvre nature humaine sont insuffisantes pour lui permettre de marcher de conserve avec l'histoire, qui continue sans fatigue, sa course non interrompue. Tout dépendrait d'après ce procédé des forces du lecteur ; et lorsqu'on hésitera à lui laisser prendre haleine à Cicéron ou à Auguste, à Alexandre Sévère ou à Constantin, on pourrait même encore l'interroger sur ses prédilections envers l'un ou l'autre de ces personnages.

Comparée à l'arbitraire de la méthode de HUGO et à son système de morcellement, la méthode dominante qui laisse chaque institution accomplir son évolution isolée, toute entière, mais au moins sans interruption, mérite évidemment encore la préférence ; si elle ne nous donne pas l'histoire du droit, elle nous donne au moins l'histoire des diverses institutions du droit.

Mais est-il exact que les diverses institutions ne se développent point d'une manière homogène? Serait-il possible que celle-ci fût au service de telle idée, celle-là au service de telle autre? Ou, si au fond de toutes les institutions se retrouvent les mêmes idées, peut-on admettre que celles-ci se succèdent pour telle institution dans tel ordre, pour telle autre dans un ordre diamétralement opposé? S'il en était ainsi, il ne pourrait être question d'une histoire du droit, car là où chaque partie se meut d'une manière indépendante, il n'y a plus ni ensemble ni unité.

Une histoire du droit suppose nécessairement une certaine proportionnalité et une certaine simultanéité dans la marche des diverses institutions. Ces conditions existent, seulement il importe de ne pas se laisser abuser par de fausses apparences. Si on ne parvient pas toujours à constater l'existence de ces conditions, c'est qu'on les traite d'une façon trop mécanique, qu'on perd de vue l'égalité interne des forces motrices, pour ne s'attacher qu'à l'égalité externe des formes sous lesquelles elles se manifestent, c'est qu'on détermine enfin la simultanéité d'après une mesure trop étroite pour le droit.

Examinons ces deux points séparément.

I. *Homogénéité du mouvement historique*

Nul ne contestera qu'un organisme puisse être atteint d'une infirmité, puisse être l'objet d'une transformation totale sans qu'aucun symptôme n'affecte telle ou telle de ses parties les moins essentielles. Alors donc que nous parlons d'une rénovation entière de l'organisme du droit, aucun homme intelligent n'exigera que nous la lui démontrions dans chacun des atômes de cet organisme. Les idées fondamentales qui ont amené cette rénovation, peuvent ne pas se manifester dans certaines parties du droit, parce que celles-ci n'ont point de réaction sur elles.

L'observation que les mêmes phénomènes ne se reproduisent

pas dans chaque point isolé du droit, ne présente aucun danger pour l'histoire du droit romain. Le seul danger qu'elle puisse présenter, c'est de faire méconnaître l'homogénéité de la métamorphose des diverses institutions. Cette homogénéité n'est sensible et ne saute aux yeux que dans le plus petit nombre des cas. Je pourrais ici reproduire une observation faite plus haut (p. 45). L'égalité dans l'expression est un signe de faiblesse, la force se manifeste dans la diversité des formes d'expression. En droit aussi, l'hiver seul ne revêt qu'une couleur, tandis que la variété des couleurs caractérise les autres saisons.

Cette diversité dans les formes d'expression offre souvent du péril pour la reconnaissance de l'homogénéité interne. Le Protée de l'histoire surgit tantôt ici, tantôt là, du milieu des flots agités des évènements historiques, revêtu de formes nouvelles, cherchant à nous tromper par ses déguisements. Pour parer à ce danger, il faut repousser l'apparence trompeuse des phénomènes et les juger, non par les idées qui flottent à leur surface, mais par celles qui en constituent le fond et l'essence même ([31]). Pour se rendre compte de cette dernière, une certaine ampleur d'abstraction est requise. Il faut remonter des idées les plus proches, toujours altérées par l'individualité des institutions, et par cela même fort diverses en apparence, jusqu'au centre commun abstrait où elles viennent se confondre. Pour en citer un exemple dans la matière que nous exposerons plus loin, l'introduction de la procédure formulaire, les privilèges des soldats, des femmes, etc., la condamnation à l'*id quod interest* au lieu de la valeur objective de la chose, l'absence, l'*actio injuriarum aestimatoria*, etc., sont certes, extérieurement, des choses bien différentes; mais elles trouvent leur point de contact dans l'esprit d'individualisation inhérent au droit

([31]) VARRON, de L. L. IX, 92. fait une remarque analogue: *Similia non solum a facie dici, sed etiam ab aliqua conjuncta vi ac potestate, quae et oculis et auribus latere soleant.*

romain nouveau. De même, l'interprétation grammaticale de l'ancienne jurisprudence romaine, n'a rien de commun, au premier abord, avec la prépondérance des choses et de la force matérielle dans l'ancien droit, cependant elles peuvent aussi être ramenées toutes deux à une même idée, celle de la prédilection du droit romain pour l'élément extérieur. (III, § 47, 48).

II. *Simultanéité du mouvement historique*

L'espace de temps au moyen duquel on calcule les situations durables ou les évènements passagers est notoirement chose très relative. Sa mesure dépend de la longueur ou de la brièveté du temps que remplit l'objet à mesurer. Tantôt une seule minute est un espace trop long, tantôt un siècle est un espace trop restreint. En histoire politique nous comptons par années, et nous appliquons cette mesure à l'histoire du droit, sans nous demander si elle peut s'y adapter. Nous verrons plus loin que non, et nous constaterons que l'histoire du droit exige une mesure infiniment plus étendue que l'histoire politique. Nous ne relevons cette erreur, ici, qu'en tant qu'elle concerne la simultanéité du mouvement des diverses institutions.

Si l'on calcule par années, cette simultanéité n'existera presque jamais, non seulement à cause de la lenteur du développement du droit en général, mais à cause de la flexibilité et de la mobilité différentes des diverses institutions. Les unes se distinguent par leur poids et leur tenacité; les autres par leur mobilité et leur flexibilité. La phase de développement qui, pour ces dernières, s'accomplit avec facilité et sans peine en un siècle, se prolonge pour les premières dans un enfantement laborieux de plusieurs siècles.

C'est ainsi, par exemple, que le droit public et le droit privé, la procédure criminelle et la procédure civile, et les diverses institutions du droit privé, ne procèdent point parallèlement. Le droit de famille et le droit héréditaire, en tant qu'il s'y rapporte, sont plus lents et moins flexibles que le

droit des choses, et ce dernier à son tour montre une plus grande ténacité à l'égard des choses immobilières, qu'à l'égard des choses mobilières. Quand à ces dernières, leur mobilité extrême se fait surtout remarquer dans les relations juridiques de nature commerciale ([22]).

Si une seule et même phase de développement commençait en même temps pour toutes les institutions, son cours ultérieur serait déterminé par leur impressionnabilité diverse. Elle pourrait même, selon cette diversité, être entièrement achevée pour les unes, tandis qu'elle serait encore en plein essor pour les autres. Dans toute la longue période qui s'est écoulée, depuis la loi des XII tables jusqu'à Justinien, on ne pourrait relever une seule année, pas même un espace de 50 à 100 années, qui puisse servir de mesure normale pour calculer la marche de toutes les institutions. Correcte dans certains cas, la mesure serait ou prématurée ou tardive dans les autres.

Que conclure de là? Non point que la simultanéité n'existe pas, mais qu'il est nécessaire d'adopter une mesure plus large. Examinant l'identité du mouvement des diverses institutions, nous avons dû admettre qu'elles possèdent une grande élasticité, par rapport à la *forme* sous laquelle elles apparaissent. Il en est de même du *temps* dans lequel elles apparaissent. Pour l'un comme pour l'autre il s'agit uniquement de trouver une juste mesure. La nécessité d'une computation plus libre du temps dans l'histoire du droit, s'étend encore plus loin, ainsi que nous l'établirons dans le cours de cet ouvrage. Contentons-nous, pour le moment, de cette conclusion, qu'en choisissant exactement son point de vue, on peut déterminer avec sûreté cette conformité du développement des diverses institutions, que nous indiquent nos historiens du droit.

([22]) V. en une preuve tirée de l'histoire du droit russe dans la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung des Auslandes*, XII, p. 74.

Cette conformité de mouvement des diverses parties est nécessaire, il est vrai, pour qu'il puisse être question d'une histoire de l'ensemble; mais ce n'est point la même chose. Le mouvement dans l'ensemble des diverses institutions pourrait être un jeu, sans plan ni règle, de changements conformes, et dans ce cas, il ne pourrait y avoir place pour une *histoire du droit*. Il ne suffit donc point de démontrer que les diverses institutions parcourent dans le même temps, les mêmes phases de développement. Il faut établir encore que la succession de leurs diverses phases est intimement concordante, que l'histoire du droit laisse une impression d'unité, aussi bien par rapport à un moment de temps déterminé, que par rapport à tout son cours successif; en d'autres termes, que l'unité existe dans l'ensemble comme elle existe dans la succession.

Nous pouvons admettre *à priori* cette unité successive dans l'histoire du droit. L'individualité d'un peuple ne change point du jour au lendemain. La vie et le commerce extérieurs ne se développent point par bonds et par caprices. Il en doit être de même du mouvement correspondant du droit. S'il y a unité de développement là, il faut aussi qu'elle existe ici. Mais autant il est facile d'affirmer *à priori* cette unité, autant il est difficile de la prouver pour un droit déterminé en particulier. Il n'est pas possible d'indiquer une méthode à cet effet. Ce que je puis faire c'est de chercher indirectement à éloigner un obstacle qui a déjà donné naissance à des conséquences fâcheuses. Je veux parler de l'influence exagérée que l'on attache d'habitude à l'élément de temps. J'ajouterai encore à l'observation faite plus haut, que la liaison intime des faits est plus essentielle que leur liaison extérieure par le temps. Cette observation est d'une importance capitale pour l'histoire du droit; l'élément de temps y joue un rôle bien moins grand que dans l'histoire politique.

Dans ce qui va suivre, nous développerons l'*importance de l'élément de temps pour l'histoire du droit*, et les conséquences qui en résultent pour l'exposition historique.

Le temps a son importance en droit, parce que sur ce terrain l'histoire ne procède qu'avec une lenteur extraordinaire; elle emploie un temps considérable pour aboutir à un mince résultat. Beaucoup de lois peuvent certainement être promulguées dans un court espace de temps. Mais toute loi n'est point, à mon avis, un évènement *historique*. Les lois peuvent s'amonceler comme les nuages dans un ciel couvert, mais si, comme ces derniers, elles passent rapidement sans laisser de traces, je ne les range point parmi les productions dont je parle ici; je les considère comme des déchets ou des rebuts échappés au travail de l'histoire. La fécondité de l'histoire du droit a pour objet le développement de l'organisme juridique; elle se dévoile non dans ce qu'il *consomme*, mais dans ce qu'il *digère*. Ce travail est de longue durée; en dix siècles, il ne produit peut-être pas autant que l'histoire de la politique, de l'art, de la littérature, en un seul. Le droit ne rencontre que rarement des circonstances, où sous l'influence d'impulsions soudaines et violentes, il prend une allure rapide et, que l'on me permette l'expression, où il lance volcaniquement hors de son sein de nouvelles couches toutes faites. Ces éruptions vives elles-mêmes sont toujours précédées d'un long temps de préparation. Ces couches se forment et se déposent, en règle générale, par la précipitation lente et insensible des atômes, de sorte qu'une seule formation nouvelle peut exiger plusieurs siècles de travail (³³). La raison de cette pesanteur extraordinaire du droit est facile à découvrir. C'est la même raison qui fait que le développement du caractère se déploie plus lentement et plus péniblement que l'éducation intellectuelle. Lorsque le caractère d'un individu, et le droit

(³³) Le langage a sous ce rapport, la plus grande analogie avec le droit. La diversité du caractère national est également la cause d'une grande diversité dans la flexibilité de la langue; je citerai comme exemples « l'at- » tachement plus grand du dialecte dorique aux formes antiques, et les » transformations multiples des dialectes de la race ionique. »

(qui n'est autre chose que le caractère de l'individu-peuple), changent continuellement, et que d'après leur mode d'activité intellectuelle ils se trouvent dans un mouvement et un travail incessants, ils n'ont pas grande valeur, ni l'un ni l'autre. Une certaine fixité et une certaine ténacité sont pour tous les deux des indices de santé et de force. Si chaque génération voulait repousser, comme une *maladie chronique*, le droit hérité du passé, et lui substituer le droit *né avec elle*, la force morale du droit sur les âmes déclinerait rapidement : le droit, entraîné dans un éternel tourbillon, courrait à un abîme. Plus la production du droit, dans un État, est facile, rapide et copieuse, et plus sa force morale est faible; ([34]) plus cette production est faible, plus l'intervalle entre la conception et la naissance est long, plus les douleurs de l'enfantement sont pénibles, et plus le fruit est solide et robuste. Aussi le droit ne peut-il prospérer que chez un peuple à la volonté puissante. Ce n'est que chez un peuple pareil que les forces conservatrices et progressives ont le degré de perfection nécessaire pour que le droit avance lentement et sûrement ; témoins la Rome antique et l'Angleterre. Il n'y a malheureusement que trop d'exemples du cas contraire : fécondités éphémères qui ne laissent derrière elles que la stérilité.

La pesanteur et la lenteur du droit que nous venons de définir peuvent être résumées en cette proposition : le droit réclame pour ses productions de longs espaces de temps. Nous y opposerons une seconde particularité de la relation du temps avec l'histoire du droit : le manque de précision et l'incertitude des dates. Cette particularité n'est point dans un rapport nécessaire avec la longueur des espaces de temps. On peut trouver réunies la longueur du temps et la précision des dates, de même que la brièveté et le manque de précision.

([34]) Rappelons à ce sujet les paroles célèbres de TACITE : *Perditissima republica plurimae leges.* Chez les individus aussi, l'excès des bonnes intentions dénote la faiblesse du caractère.

Le jour et l'heure de la promulgation d'une loi sont faciles à déterminer. Si l'histoire du droit n'était autre chose qu'une histoire des lois, on pourrait avoir, pour la plupart des époques, une exactitude chronologique extérieure des plus parfaites. Mais s'il est toujours important, en pratique, de savoir depuis quel moment une loi est en vigueur, ce point est sans valeur sous le rapport historique. La date de la loi est le seul point d'appui extérieur qui puisse nous être utile, ici. Ne nous en exagérons cependant pas le prix. Rien ne serait plus erroné que de croire que l'origine des principes déposés dans la loi correspond à cette date. Il peut y avoir entre les deux une grande distance, et je rappellerai ici ce qui a été dit de l'origine des formules des règles du droit. Un principe juridique peut avoir été en vigueur dans la vie, longtemps avant d'avoir été sanctionné par la loi, et c'est pur hasard s'il n'a pas été exprimé plus tôt ou plus tard. Ce serait une erreur, par conséquent, de dater l'origine de ce principe du jour de la loi.

Souvent ce point d'appui extérieur de la promulgation de la loi fait défaut. Nous ignorons même en quel siècle fut portée plus d'une loi importante dans l'histoire du droit romain. Que de choses même s'élèvent sur le terrain du droit, et dont les lois ne font aucune mention. On ne peut assigner aucune date à ce qui a été mis au jour sous forme de droit coutumier, soit par la puissance créatrice de la vie, soit par la pratique des tribunaux, ni à ce que la science répand peu à peu ou accueille. Faudrait-il par hasard, donner à ces principes la date de leur première apparition dans nos sources ? Faudrait-il compter comme la première année de leur règne, l'année où la littérature qui nous a été conservée en fait mention, et qui est peut-être la 50e ou la 100e de leur existence ? Il est soigneusement tenu note des actions d'éclat des individus, des batailles et des évènements remarquables, comme aussi des lois importantes, parce que tout cela tombe extérieurement sous les yeux, et trouve sa place quant au temps, dans une année déterminée. Aucun annaliste qui s'occupe de cette année, ne passera

ces évènements sous silence. Le droit, au contraire, que la vie forme lentement et insensiblement, se dérobe facilement à l'examen et atteint rarement, à une époque déterminée, une réalisation assez éclatante pour pouvoir être relaté comme un évènement d'une année déterminée. La règle du droit ainsi engendrée, précisément parce que son éclosion n'a pas été accompagnée de bruit, et ne se place point dans une année fixe et précise, chemine sourdement et passe inaperçue pendant bien des années, jusqu'à ce que le hasard la coule dans sa première forme écrite, qu'un autre hasard peut même encore venir dérober à la postérité. — En examinant l'organisme du droit (§ 3), nous lui avons reconnu trois parties : les règles, les définitions et l'organisation psychique. La précision chronologique est en raison inverse de la gradation de ces parties, du particulier au général. Une règle du droit demande moins de temps pour se former qu'une définition, et une définition en demande moins qu'une révolution dans la conception du droit. La vérité de ce principe est évidente pour les périodes de l'histoire où c'est au législateur avant tout qu'il appartient de formuler les règles du droit. On peut l'énoncer de la manière suivante : le législateur travaille plus rapidement que la doctrine, et celle-ci devance l'esprit du peuple. Plus la phase de formation est lente, plus la date de sa conclusion est indéterminée.

Il résulte suffisamment de ce qui précède que la chronologie de l'histoire du droit est bien insuffisante pour les époques reculées et pauvres en sources. Elle indiquera l'année et le jour de mainte loi complètement insignifiante, et c'est à peine si elle peut indiquer le siècle des évènements les plus importants, de l'évolution des idées et du changement qui en résulte pour le droit. Le rapprochement de dates que ses sources lui permettent de faire, présente donc nécessairement des lacunes. Et d'après ce qui vient d'être dit, ces dates elles-mêmes, prises chacune en particulier, ne donnent que rarement le véritable moment des évènements historiques du droit. Je ne puis faire, en conséquence, que fort peu de cas de l'utilité immédiate d'une chronologie

aussi imparfaite. Cependant nous lui verrons, plus loin, acquérir une grande valeur indirecte, lorsque nous aurons indiqué ce qu'il convient de mettre à sa place.

Nous sommes parvenus à cette conclusion, que l'élément de temps a pour l'histoire du droit une moindre valeur que pour l'histoire politique, en ce sens que le mouvement du droit est plus interne; qu'il est par suite plus lent et plus insensible, que les *périodes* en sont longues et les *dates* indéterminées.

La même conclusion se représente sous d'autres termes, lorsque nous disons : l'histoire du droit doit calculer le temps d'une manière plus large et plus élastique que toute autre. Plus les limites de temps ou d'espace d'un objet sont étroites, plus la mesure du temps ou de l'espace doit être exacte, et plus le point de vue de l'observation doit être rapproché. Quand, au contraire, les dimensions de temps ou d'espace sont plus larges, il faudra observer de plus haut et de plus loin afin d'obtenir une impression d'ensemble plus exacte et de mieux saisir la cohésion de l'objet. Un historien du droit ne pourra donc prendre pour base les périodes plus courtes, circonscrites dans quelques années, qui conviendraient à l'exposition de l'histoire politique. Il ne parviendrait que difficilement à son but final, qui est de découvrir la cohésion réelle du développement du droit. Il vaut mieux qu'il se décide *à priori* à observer ce développement pendant une série de siècles, et à donner, si j'ose ainsi m'exprimer, *le temps au temps* de devenir intelligible pour lui. Si le cours de ce développement l'oblige à créer une subdivision, il ne fixera point une année déterminée comme limite au-delà de laquelle il ne puisse porter ses regards. En effet, quand bien même l'histoire elle-même lui aurait indiqué cette année normale, il arrivera toujours qu'il y aura rangé bien des faits qui appartiennent réellement à la période suivante, et qu'il en aura exclu au contraire d'autres, qui devraient y être compris. Des subdivisions rigoureusement tranchées d'après le temps, sépareront ainsi les faits homogènes, et confondront les faits hétérogènes. Pour conserver cette connexité intime, l'historien du droit devra assigner des

siècles, et non des années, pour limites à ses périodes, peut-être même cette connexité le contraindra-t-elle à enjamber de l'une période dans l'autre. Il faut donc de toute nécessité donner aux périodes de l'histoire du droit une certaine élasticité. Cette nécessité n'est au fond que l'application de la règle fondamentale que nous avons établie plus haut, que la parenté *interne* des faits est plus essentielle que leur liaison *externe* par le temps. L'histoire de tout droit quelconque apportera la preuve que les précurseurs d'un système nouveau se révèlent déjà pendant que l'ancien est encore en pleine vigueur. Elle démontrera d'autre part, qu'on s'attarde parfois dans un système épuisé, lorsqu'une théorie plus jeune a déjà eu le temps de parvenir à sa pleine maturité. Ces précurseurs, antérieurs par le temps aux systèmes retardataires, ne pourront être jugés qu'au point de vue du système nouveau, de même que ces derniers ne pourront être appréciés qu'au point de vue du système ancien. C'est leur relation systématique et non leur rapport chronologique qui leur assigne leur véritable place.

La discussion nous a amenés à un point d'où nous n'avons plus qu'un seul pas à faire pour pouvoir apprécier enfin le cas assez fréquent dans l'histoire du droit, d'un conflit entre l'élément du temps et celui de la connexité réelle du développement historique (entre l'élément chronologique et l'élément systématique). Le premier de ces éléments est secondaire et accessoire, le second est essentiel et déterminant. Le système doit écarter le temps. Il doit se développer librement et de lui-même, et le temps ne peut être mis en ligne de compte que lorsqu'il est en état de devenir un élément systématique. Il est possible que l'importance exagérée que l'on attache à l'élément de temps dans l'histoire du droit, contribue à me jeter dans une exagération contraire : les extrêmes se touchent; mais, je n'ai rencontré jusqu'ici aucune raison de douter de l'exactitude de l'opinion que je vais essayer maintenant de justifier.

Les deux extrêmes opposés qui peuvent se rencontrer dans cet ordre d'idées, seraient, de coordonner l'histoire du droit exclusivement d'après l'élément de temps, ou d'analyser exclusivement la connexion interne du développement des faits, en omettant toute indication de dates. Le premier terme extrême, la méthode purement analytique, ne supposerait ni ne fournirait aucune vue d'ensemble sur le développement du droit. Elle ne présenterait pas même le rudiment d'une histoire du droit, et il serait impossible en prenant ce point de départ d'aboutir à des conclusions systématiques.

Il en est tout autrement du terme opposé. Supposons que l'on réussisse à comprendre exactement, et à exposer la connexion réelle du développement du droit (et nous reviendrons plus loin sur ce point), la mission essentielle de l'historien serait accomplie. Ce qui manquerait à son œuvre pourrait facilement être suppléé après coup, puisqu'il ne s'agirait plus que des dates ou de la partie accidentelle (35) et extérieure du temps. Cette méthode ne choque point l'élément chronologique comme l'autre heurte l'élément systématique. Implicitement, à l'insu et sans la volonté de son auteur, le système comprendra la partie essentielle de l'élément de temps, car la description du développement réel du droit (ce que je nomme ici système), procéderait parallèlement avec le temps lui-même. La marche du système contient nécessairement la marche du temps; mais le contraire n'est pas vrai, car le temps n'est point la *vis movens*, il est seulement le cadre dans lequel se groupent les évolutions du

(35) Je l'appelle *accidentelle*, dans le même sens qu'on appelle accidentelle, la mort de telles et telles personnes dans un même espace de temps, bien que, d'après les observations statistiques, on puisse dire d'avance avec certitude, qu'autant pour cent de la population devra mourir. C'est ainsi également que l'on peut comprendre, et expliquer, comment un fait historique se place dans tel siècle, sans qu'il soit possible de lui assigner telle année ou tel jour de date.

système. La modification d'un seul et même objet suppose nécessairement une modification du temps. Celui qui a compris systématiquement et réellement la relation des transformations de l'objet saura les ranger au fond, dans le même ordre où ces transformations se suivent par rapport au temps.

Le géologue qui nous trace l'histoire de la formation de la superficie terrestre n'a point de témoins extérieurs du temps. Il ne voit écrit nulle part dans quel ordre, et au bout de quels intervalles se sont effectués les changements de la surface de la terre. Cependant il peut nous indiquer cet ordre de la mamière la plus irréfragable. Il peut même, mais seulement en usant d'une mesure très large, déterminer le temps que ces transformations ont mis à s'opérer. L'histoire qu'il expose s'est en effet incrustée dans son objet même, l'élément de *temps* s'est exprimé d'une manière concordante dans la *chose* elle-même.

Cette possibilité de déterminer le temps d'après des criteriums extérieurs, la possibilité d'une chronologie *interne*, opposée à la chronologie *externe* appuyée sur des témoignages extérieurs, ne se borne nullement à l'histoire de la nature: elle existe aussi dans le domaine du monde moral. Prenons pour exemple l'histoire d'une littérature et d'une langue. Si dans un millier d'années on présentait à un historien de la littérature, ou à un linguiste, les œuvres principales de la littérature allemande, depuis son origine jusqu'aujourd'hui, pèle-mèle, et après en avoir effacé toutes les dates, ne réussirait-il pas à déterminer leur succession temporelle d'après des criteriums systématiques, et à écrire une histoire de la langue et de la littérature allemandes à laquelle des dates seules feraient défaut? Il suffirait même de fournir, pour chaque période, quelques points de repère chronologiques extérieurs, pour le mettre à même de suppléer, lui-même, toutes les dates manquantes. Il en est exactement de même du droit.

Plus un développement est impersonnel, interne et naturel, plus il est long, plus son origine ou sa conclusion auront de peine à s'encadrer dans un moment de temps déterminé, et plus

la chronologie extérieure sera, en règle générale, insuffisante; plus aussi il sera nécessaire, mais en même temps aisé, de la compléter par la chronologie interne.

Cette méthode ne présente aucune difficulté dans son application à l'histoire du droit. Seulement il ne faut point vouloir procéder d'une manière *absolue,* c'est-à-dire en recherchant le temps dans lequel se placent les divers évènements de l'histoire du droit, mais il faut se contenter d'en découvrir *relativement* la succession. Les trois systèmes juridiques que nous caractériserons plus loin, ont leur âge et leur succession écrits en tête avec une telle clarté qu'aucun homme intelligent n'en réclamera pour preuve un témoignage extérieur. Il en est de même pour quiconque sait lire, des phases successives de développement des diverses institutions. Que l'on compare, par exemple, les diverses formes du mariage : qui ne voit de prime abord que le mariage avec *manus* est plus ancien que le mariage sans *manus,* et que des formes qui entouraient le premier, la *confarreatio* est plus ancienne que la *coemptio?* Que l'on prenne ensuite la confection du testament dans les comices, *per aes et libram* et la forme prétorienne; l'adition d'une hérédité par *cretio* et *pro herede gestio;* les formes obligatoires du *nexum*, de la stipulation, l'obligation par le seul consentement; la revendication en forme de *legis actio sacramento,* de *sponsio*, d'*arbitraria actio;* l'exercice de la juridiction criminelle par les comices, les *quaestiones perpetuae,* les magistrats; les peines du *sacer esse,* de l'exil, de la condamnation *ad bestias, metalla*, etc., la procédure des *legis actiones*, la procédure formulaire, la procédure *extra ordinem;* l'exécution personnelle, la *bonorum venditio,* le *pignus ex causa judicati captum;* le legs, le fidéicommis; l'établissement des servitudes, la manumission solennelle et non solennelle, etc., etc. Quel est celui qui dans tous ces cas exigera qu'on lui indique d'abord la succession des diverses formes? Le droit, comme tout ce qui naît et meurt, possède à toutes les phases de son développement un type déterminé. Le jeune homme ne saurait avoir le type du veillard, l'homme

fait celui de l'enfant : de même les idées juridiques qui, d'après notre observation, doivent appartenir à une certaine époque, comme par exemple la prépondérance de la religion dans l'enfance du droit, ne sauraient démentir cette dépendance dans un droit quelconque. La peine conçue comme moyen expiatoire religieux, comme satisfaction privée ou comme exercice du droit de punir de l'État, marque trois phases différentes de civilisation, dont la succession, lorsqu'elle se rencontre, est nécessaire. On peut établir certaines règles générales sur la priorité des diverses formations juridiques. Par exemple : le moyen juridique ou l'institution relativement la plus parfaite est plus récente que la moins parfaite ; la voie directe a été trouvée postérieurement à la voie indirecte (par exemple l'accomplissement indirect d'un acte juridique au moyen d'actes apparents, les fictions, etc.) ; la conception matérielle extérieure précède la conception interne, spirituelle ; l'interprétation grammaticale devance l'interprétation logique, etc. Il est réservé à la jurisprudence comparée de l'avenir d'établir à la place de ces abstractions détachées, une théorie connexe des divers âges du droit : c'est un des problèmes de la physiologie du droit. Nous serons rarement obligés, dans ce travail, de recourir à des règles générales de ce genre, parce que les points chronologiquement certains du droit romain nous fourniront presque partout des données pour déterminer les points chronologiquement incertains.

Ces données sont absolument indispensables pour la détermination *absolue* du temps, que nous allons examiner maintenant. Pour pouvoir déterminer l'époque à laquelle appartient une conception juridique qui nous est parvenue sans cette indication de temps, il faut que nous connaissions le caractère des diverses périodes, et les particularités qu'elles présentent pour la conception et la formation des idées juridiques. C'est ici que la chronologie externe peut nous rendre les plus grands services, services dont nous pouvons largement doubler la valeur, en comblant les lacunes qu'elle présente, et en donnant

sa véritable importance interne, à l'élément de temps qu'elle ne nous montre que d'une manière incomplète et purement extérieure. Il y a un moyen, mais il n'y en a qu'un seul, d'atteindre ce double but ; c'est, comme nous l'avons dit, d'étudier la disposition des diverses couches ou systèmes de formation du droit. On peut bien, il est vrai, tout en négligeant cette étude, assigner leur vraie place à certains évènements historiques déterminés, dont la date n'est point renseignée, en ne consultant que leur ressemblance ou leur parenté avec d'autres évènements chronologiquement déterminés. Mais une certaine incohérence règnera toujours dans un pareil travail. Cette incohérence ne disparaîtra que si l'on prend pour guide constant sa propre appréciation du caractère des diverses époques. Nous ne demandons autre chose, si ce n'est que ces appréciations soient exprimées, justifiées, expliquées et réunies en un tout. Classer un évènement historique dans une époque déterminée, parce qu'il possède une tendance semblable à celle des autres évènements de la même époque, qu'il repose sur la même idée, c'est déjà se servir du procédé que nous voulons appliquer. Mais ce procédé ne conduira pas à un résultat complet, si l'on se contente de l'appliquer çà et là seulement, à mesure que les besoins de quelque problème historico-juridique l'exigent, et d'après des appréciations préconçues et non prouvées : non, il faut que les systèmes de la formation du droit, dans tout leur ensemble, lui servent de base fondamentale.

La vue seule de cet ensemble permet d'apercevoir l'analogie intime des parties séparées, extérieurement très différentes. Elle seule donne la mesure certaine de leur âge. Supposons maintenant que nous réussissions à prouver qu'aux diverses époques correspondent différents systèmes de formation du droit. Nous serons alors en mesure, au moins pour la plupart des phénomènes de l'histoire du droit, de conclure avec cette même sûreté, qui permet à l'historien de la littérature et à l'étymologiste d'attribuer à telle ou telle époque l'ouvrage qui leur est soumis. Comme eux nous pourrons dire : telle forme d'institution juri-

dique ne rentrait que dans tel système, et non dans un autre, telle nouveauté ne pouvait surgir que sous l'influence des tendances de telle époque déterminée, et ne pouvait prospérer qu'au milieu de telle atmosphère. Nous ne pourrons pas toujours cependant nous exprimer avec cette certitude apodictique, et nous devrons souvent avouer que certains évènements de l'histoire du droit peuvent être rangés dans des époques diverses.

PLAN DE L'OUVRAGE

6. Nous distinguons dans l'histoire du droit romain trois systèmes. Le deuxième de ces systèmes, dont la floraison correspond à celle de la république, est le système spécifique romain; il résume le triomphe des vues nationales romaines en fait de droit. Les deux autres systèmes sont les chainons opposés, au moyen desquels le droit romain se relie à l'histoire étrangère à Rome. Le premier représente le capital originaire que Rome a reçu de l'histoire, et le troisième, ce capital augmenté de riches intérêts, que Rome restitue au monde.

Rome a trouvé tout créé le premier système, qui renferme ce qu'on peut appeler les points de départ de son droit. La formation primitive de ce système remonte plus haut que toute histoire écrite, dans la période de la communauté originaire de tous les peuples indo-germaniques. Il conserve, dans la forme qu'il avait aux temps les plus reculés de Rome, une analogie incontestable avec le droit qui apparaît huit à dix siècles plus tard chez les Germains ([36]). Les Germains nomades devaient rester encore dix siècles dans leur position inférieure. Le peuple romain les devança et il donna dans notre *deuxième système*, dont la formation commence dès l'époque de la royauté, une preuve éclatante de son génie pour la culture du droit. Ce

---

([36]) Je dois réserver pour plus tard la preuve de cette assertion.

système nous montre tout d'abord la fin de l'indécision qui avait marqué le caractère du droit le plus ancien, et qui accompagne en général tout commencement. Le droit et la religion, l'État et l'individu se séparent. La séparation se fait complète jusque dans les diverses parties du droit. Elle y produit des formations qui, par la vivacité de leurs contrastes dans la forme, comme dans le fond, par leur consistance et leur caractère, par leur abondance et leur logique, en un mot, par la forte empreinte de leur individualité, donnent l'impression de formes plastiques. Tout ce qui surgit dans ce système est robuste comme les Romains de ce temps l'étaient eux-mêmes. Point de demi-mesures, rien d'indéterminé, de composé ou de transitoire, rien de doux ou de tendre. Tout était entier, ou n'était point; reconnaissable jusqu'à rendre l'erreur impossible, simple et déduit d'une idée unique, mais celle-ci poussée avec une logique inexorable et cruelle. Le droit fait l'impression d'une machine grandiose par le seul ascendant de son ingénieuse simplicité. Il agit, précisément à cause de sa simplicité, avec une sûreté et une uniformité extrêmes, mais malheur à l'imprudent qui ne sait pas le manier et qui s'en approche de trop près : il est broyé dans ses rouages de fer. Cette uniformité repose en même temps, il est vrai, sur une imperfection. Il n'y a point d'appareils que l'on puisse appliquer à la machine, elle produit toujours les mêmes pièces identiques entre elles. En d'autres termes, le droit ne peut se plier aux conditions et aux besoins individuels, l'égalité qu'il poursuit et réalise, est purement mécanique, extérieure, elle est de celles dont on dit: *Summum jus summa injuria.* Le droit n'agit point par lui-même; il attend que celui qui lui fait appel, le mette en mouvement, et celui-là, pour atteindre son but, doit posséder la force et l'adresse nécessaires, il doit lui-même coopérer au travail. S'il remplit ces conditions, le droit lui garantit un résultat certain; car ce résultat: l'application du droit, peut être calculé avec la même précision et la même facilité qu'une opération mathématique; mais la solution en est fatale.

L'idée qui circule dans le droit privé tout entier est celle de l'autonomie de l'individu. C'est l'idée que le droit individuel ne doit point son existence à l'État, mais qu'il est par sa propre toute puissance, et qu'il porte en lui-même sa justification.

Le principe du droit privé acquiert une telle importance dans les abstractions juridiques, qu'il semble railler le principe de l'État, et que la liberté de la volonté subjective semble avoir été poussée jusqu'au déchaînement de l'arbitraire purement subjectif. Mais les mœurs, le caractère du peuple romain, et les conditions réelles de la vie romaine, conciliaient parfaitement cette licence individuelle abstraite avec l'intérêt de la communauté ou de l'État comme aussi avec la moralité. Il n'y eut jamais un droit dans lequel la formule abstraite de ce qui pouvait ou devait arriver s'écartât autant de ce qui arrivait en réalité. Pourquoi renfermer la liberté en d'étroites limites, lorsque la fermeté et la constance du caractère des individus, en même temps que la force de l'opinion publique, opposent une digue aux abus de la liberté? Le droit privé de Rome, tout entier, et le droit public de cette époque sont basés sur la supposition que tout détenteur d'un pouvoir privé ou public en usera dignement. La possibilité des abus les plus exécrables subsiste toujours par elle-même; le pouvoir des employés, par exemple, contient toujours la possibilité d'enrayer le mécanisme de l'État, de léser et de contrarier le peuple dans l'exercice de sa souveraineté; le pouvoir du père implique la possibilité que le père tue son fils sans motif aucun. Mais le droit romain part de l'idée que les couteaux les plus tranchants sont les meilleurs; qu'on peut les confier sans crainte aux hommes qui savent s'en servir, et qu'il n'est pas nécessaire de les émousser dans la crainte de la possibilité d'un abus. Ces pouvoirs ne sont donc point limités par le droit lui-même, mais il est loisible à leur détenteur d'en user, le cas échéant, avec la plus extrême rigueur, ou d'appliquer spontanément dans leur exercice, la modération commandée par l'équité, par l'opportunité, par l'intérêt public, etc.

Le droit tout entier avait en vue les Romains des temps anciens, tant sous le rapport de la puissance qu'il donnait, que sous le rapport de la prudence et du soin avec lesquels il convenait de se mouvoir sur le terrain du droit. Qu'il vint une autre race, au génie autre, à la main inexpérimentée, et la liberté devait dégénérer en licence, la sécurité du droit en incertitude. Cette révolution s'opéra au septième siècle de Rome. La force romaine descendit au niveau des forces humaines ordinaires, et le droit, s'accomodant de ce fait, abandonna de plus en plus son caractère rigoureusement romain pour revêtir un caractère plus général et plus cosmopolite.

Nous arrivons ainsi au troisième système. Le deuxième était au fond, comme dans les formes, édifié pour les Romains et restreint à eux seuls. Grâce aux relations avec les étrangers, il se forma peu à peu un droit international, indépendant des formes romaines, échappant au rigorisme de la logique rigide et partiale des Romains, mais aussi ne participant point à la plénitude de puissance qui se trouvait dans le droit romain. Une conception et un traitement plus libres, s'attachant davantage à l'esprit des choses, purent s'appliquer sans obstacles à ce droit. La jurisprudence qui le forma puisa dans cette tendance vers des relations universelles un motif pour se dépouiller de ses propriétés nationales purement romaines, même sans s'en être rendu compte tout d'abord. C'est ainsi que ce droit devint un *miroir* pour le droit romain pur. Il resta dans la suite, après que le peuple romain et son droit eurent commencé à se dénationaliser, un modèle et une source. Une volonté de fer avait créé le deuxième système ; le déclin de cette volonté entraîna sa chute, et sous ce rapport, le troisième système est un pas décisif en arrière. A un autre point de vue cependant il est infiniment plus qu'un résidu sans couleur et sans force du droit national. Le troisième système n'est pas un degré inférieur où l'on est descendu par manque de force, mais un degré supérieur auquel on s'est élevé. Aux *qualités morales* du peuple romain, facteurs principaux du deuxième système, se substitue dans le troisième

le *génie intellectuel* le plus parfait. Sur les fondements solides et indestructibles qui lui étaient transmis, ce génie bâtit un chef-d'œuvre d'art juridique, sans égal au monde, un édifice d'une perfection et d'une stabilité telles, que dix siècles environ plus tard, des peuples étrangers en rouvrirent les portes pour y asseoir leurs écoles et leurs tribunaux.

Les matériaux qui peuvent servir à caractériser ce troisième système sont si nombreux qu'il est impossible d'en résumer la partie essentielle en quelques lignes. En dire plus long serait parfaitement intempestif, maintenant qu'il ne s'agit point d'anticiper sur nos conclusions, mais seulement de faire connaître notre plan; en dire moins serait plutôt préjudiciable qu'utile, en donnant une idée fausse de la matière. Contentons-nous donc de désigner ce système comme le système transnational ou le plus libre, et réservons-nous d'indiquer ultérieurement les points dans lesquels il s'écarte des idées spécifiques romaines, et ceux où se montre sa plus grande liberté intellectuelle.

Qu'il me soit encore permis de faire observer en terminant, que bien que nous n'ayons à nous occuper que des traits généraux du caractère du droit romain, il sera indispensable, pour justifier nos opinions, de nous baser continuellement sur les matériaux concrets que nous fournit l'histoire du droit. Convaincu que les points de vue abstraits ne trouvent pas l'accueil qu'ils méritent lorsqu'on ne les munit pas d'un certain lest matériel, j'ai cru sous ce rapport devoir faire plutôt trop que trop peu.

LIVRE I

ORIGINES DU DROIT ROMAIN

NOTIONS ORIGINAIRES

Omnes veteres philosophi ad incunabula accedunt, qui in pueritia, facillime se arbitrentur naturae voluntatem posse cognoscere.

ORIGINES DU DROIT ROMAIN

État primitif. — Mémoire du peuple romain. — Complément de la tradition par l'étymologie, et conclusions rétrospectives tirées du droit nouveau.

> Rationem praestat praecipue analogia nonnunquam et etymologia.
>
> QUINTIL. I. O. I. 6. § 1.

7. La condition primitive des peuples, les premiers rudiments de la formation du droit et de l'État offrent un intérêt majeur pour l'histoire de la civilisation. La séduction qu'ils exercent sur l'historien, et par laquelle ils le ramènent toujours, malgré toutes les difficultés de l'entreprise, ressemble à l'intérêt qu'excite chez le psychologue le premier éveil de l'esprit dans l'enfant. Le même but les attire : observer à l'œuvre l'esprit créateur du monde, et pénétrer le mystère d'une naissance.

Mais la position de l'historien est incomparablement plus défavorable. Le psychologue a, tous les jours, sous les yeux ce spectacle d'un esprit qui s'éveille, mais l'origine de tous les peuples historiques remonte dans un passé lointain, et l'historien n'a, pour se représenter l'image des temps qui ne sont plus, que des matériaux trompeurs et incomplets. Ce n'est point la longueur ou la brièveté du temps, ni la suite des siècles ou des milliers d'années qui facilitent ou rendent plus difficile ce

retour aux origines historiques, la difficulté provient de la plus ou moins grande fidélité et de la fermeté de la mémoire nationale, essentiellement différentes selon l'esprit de chaque peuple. Chez les peuples, aussi bien que chez les individus, la mémoire diffère, principalement pour tout ce qui concerne leur enfance.

Certains peuples conservent fidèle et intact le souvenir du passé. D'autres au contraire, ont une fantaisie toujours active, qui revêt aussitôt le passé de couleurs brillantes, et transforme l'histoire en poésie. D'autres encore ont l'attention si absorbée par les nécessités pratiques du présent, que le souvenir des circonstances du passé leur échappe avec rapidité.

Quelle était la mémoire du peuple romain? Les Romains conservaient avec un soin opiniâtre le dépôt des traditions antiques; chez eux le souvenir des grandes actions ne se perdait jamais. Mais deux circonstances furent cause que les conditions de leur enfance ne laissèrent dans leur mémoire que des souvenirs affaiblis (1).

Pendant des siècles, toute l'activité du peuple romain fut dirigée vers les intérêts pratiques du présent. Il avait, à la vérité, un profond respect pour la tradition; ce qui vivait conservait force et vigueur jusqu'à l'âge le plus avancé, mais tout ce qui mourait *entièrement*, ne tardait pas à tomber dans l'oubli (2). On ne s'occupait guère de l'origine historique et du développement des institutions existantes.

---

(1) Huschke arrive, dans la préface de sa Constitution de Servius Tullius, p. vii et s., à une autre conclusion. A ses yeux, « le peuple romain » possédait une puissance de compréhension assez grande pour lui per- » mettre de conserver le souvenir des temps les plus reculés de son » enfance, toujours associé à la connaissance du présent; et c'est préci- » sément cet attachement au passé que lui a valu à la fois tant d'éloges » et tant de blâmes. »

(2) Notamment de la part des jurisconsultes. V. p. ex. Gellius 16, 10, § 7. 8. Le langage était pour beaucoup dans ce fait. « Le traité de com-

Le caractère de l'histoire romaine la plus reculée est une seconde cause de cet oubli. Lorsque l'enfance d'un peuple s'écoule avec la quiétude et l'uniformité d'une idylle, il en est de sa mémoire comme de celle de l'homme : elle garde longtemps encore, de ces temps primitifs, une image fidèle, bien que légèrement idéalisée. Il en est tout autrement, au contraire, lorsque cet âge s'écoule au milieu de vicissitudes et de changements, de guerres extérieures et intérieures, lorsqu'une impression chasse l'autre, et que par dessus tout cela, la population même n'est point encore parvenue à une cohésion et à une unité compactes, mais qu'elle est maintenue flottante, à la fois par de continuels afflux du dehors et par les fluctuations et le tumulte de ses diverses couches. Tel est précisément le cas pour la période primitive de l'histoire de Rome. Guerres à l'intérieur et à l'extérieur, oppositions de races : le droit et la force écrivent cette histoire dès la première page; et des siècles s'écoulent avant que les divers éléments du peuple romain, se soient fondus dans l'unité d'un sujet unique. Aux yeux de la masse de la nation, cette période de formation appartient jusqu'à un certain point à une époque primitive, pendant laquelle elle n'a pas vécu, et à laquelle elle se sent étrangère. Toute l'époque de la royauté paraissait au peuple romain de la république sous un faux jour. La république était pour lui le commencement d'une ère nouvelle dont il faisait dater sa propre existence et celle de la liberté. Le rapport des siècles postérieurs avec la royauté n'est point sans analogie avec le rapport qui existe entre le protestantisme et le catholicisme du moyen-âge qui l'a précédé. Le catholicisme du moyen-âge apparaîtra toujours à

» merce conclu avec Carthage, la première année de la république, ne » put, trois siècles et demi plus tard, au temps de Polybe, être lu, même » par les Romains les plus savants, qu'avec la plus grande peine, et l'on » ne parvint même pas à le déchiffrer en entier; les chants saliaires ne » furent plus compris, dans la suite, même par les prêtres. » SCHWEGLER, Hist. rom. I, p. 566.

la majorité des protestants comme quelque chose d'étranger, et sans relation avec eux; leur intérêt confessionnel et leur mémoire ne datent que de la réforme.

C'est ainsi que les siècles postérieurs n'ont eu qu'une connaissance bien incomplète des origines de Rome ([2]). Bon nombre de leurs renseignements portent les traces évidentes de l'invention ou de l'exagération. La critique moderne l'a démontré jusqu'à l'évidence; elle a prouvé, en même temps, que l'on peut arriver à des déductions solides et positives, qui avaient échappé aux historiens romains. Si les matériaux historiques dont dispose aujourd'hui la science, sont incomparablement moins nombreux que ceux que possédaient les historiens romains, en revanche la méthode pour les utiliser est toute autre, et le coup d'œil de la science est devenu plus pénétrant our bien des évènements.

Je m'appuierai, pour ce qui concerne l'histoire la plus ancienne de Rome, sur ces conclusions positives de la science moderne; mais je restreindrai mes recherches au droit de cette époque. Je conviens volontiers que quelques-unes des conclusions auxquelles nous serons conduits n'ont que la valeur de présomptions plus ou moins vraisemblables : il est certain qu'il vaut mieux, en cette matière, être défiant que crédule. Mais, d'un autre côté, je suis pleinement convaincu de la possibilité d'une étude parfaitement indépendante de la manière de voir des Romains. Cela est vrai notamment en ce qui concerne les considérations sur le droit primitif que nous fournit l'étymologie. Parmi les sources des idées primitives des peuples, l'étymologie est une des plus éloquentes et des plus certaines; elle conserve à la curiosité des temps à venir ce qui depuis longtemps a cessé d'exister, ce qui s'est complètement effacé de la mémoire des peuples. Elle est l'exposition des conditions originaires, écrite en hiéroglyphes, dont la clef ne sera

([2]) V. à ce sujet Tite Live, VI, 1.

peut-être trouvée qu'après des milliers d'années. Les Romains n'ont pas su découvrir le trésor historique qui se cachait dans leur langage, ils n'ont pas su lire le chiffre mystérieux qui contenait la pensée et les sentiments de leurs ancêtres. Nous, nous avons aujourd'hui l'accès de ces richesses.

Ce sont, avant tout, la renaissance de l'étude du sanscrit, et la linguistique comparée dont elle est la base, qui les premières, ont donné aux recherches étymologiques appliquées à une langue spéciale, une fécondité et une sûreté réelles. Elles ont ouvert devant toutes les sciences historiques, des horizons dont on n'avait jamais soupçonné l'étendue. L'histoire du droit y puisera sa part; dès aujourd'hui, malgré la nouveauté relative de ces études, nous pourrons déjà en retirer quelque fruit pour le but spécial que nous poursuivons.

Un autre point où se manifeste d'une manière incontestable la supériorité de notre science moderne sur celle des Romains, se rapporte au droit lui-même : c'est le sens du développement *historique* du droit, la connaissance des formes sous lesquelles il apparaît, la conception de sa nature historique, etc. Quelque grands théoriciens qu'aient été les jurisconsultes romains, ils ne possédaient point le sens du développement historique du droit. Mais si les Romains ont négligé de faire usage des matériaux historico-juridiques qu'ils nous ont légués, c'est une négligence que nous pouvons réparer, convaincus que malgré l'insuffisance des matériaux, une observation attentive nous aidera à faire de nouvelles découvertes. Le droit romain le plus récent nous fera connaître le plus ancien. Le droit, comme le langage, conserve parfois l'écho d'un passé depuis longtemps effacé de la mémoire du peuple (4).

(4) Il est étonnant, notamment, de voir combien certains usages, certains rites symboliques, etc., peuvent se conserver longtemps après qu'ils ont perdu leur signification propre. Il est hors de doute, par exemple, qu'aujourd'hui même, il existe encore parmi nous certains usages, qui

Le droit romain de la république a conservé des empreintes qui ont évidemment pour origine des considérations étrangères au droit de cette époque. Semblables aux débris d'une circonférence disparue, ces vestiges indiquent encore un centre déterminé de l'intelligence universelle du droit. Si ces indices sont renforcés par les indications concordantes de l'étymologie, si leur ensemble aboutit à des principes primordiaux du droit, démontrés d'autre part par l'expérience, et reconnus relativement nécessaires par une observation générale, alors nous pourrons, avec quelque certitude, suivre ces traces. Elles nous autoriseront à dire : voilà les points de départ du développement du droit romain; il fut un temps où existait cet aspect primitif du droit, et il importe peu que le peuple romain des temps historiques ne s'en soit plus souvenu. On ne peut, à la vérité, démontrer ni quand, ni où, ni combien de temps cet état de choses a existé. Il suffit de savoir que c'est en partant de cette base que le droit romain s'est élevé.

Dans le présent livre premier :

1° nous soumettrons d'abord, à la critique, l'origine du droit romain selon la légende, ou *la cosmogonie du droit romain* (§ 8);

2° nous chercherons ensuite à établir l'aspect du droit dans ces temps primitifs, c'est-à-dire *les points de départ et les éléments originaires du droit romain* (§ 9-23);

3° et enfin, nous aurons à examiner *comment l'esprit romain a traité ces premiers points de départ* que nous aurons découverts (§ 24. 25).

---

remontent jusqu'au paganisme, et dont l'idée fondamentale originaire nous reporte même jusqu'à l'antique communauté des peuples indo-germaniques. V. p. ex. la dissertation de Kuhn sur Wodan dans Haupt. Zeitschrift für deutsches Alterthum. Tome 5. p. 472.

La cosmogonie romaine du droit. — Comment elle caractérise l'intelligence des Romains.

8. L'origine de Rome, d'après la légende, est un état de sauvagerie et d'anarchie. Des brigands chassés par les leurs, des aventuriers que l'amour d'une liberté sans frein a séparés de leurs concitoyens et qui, abandonnant leurs dieux et leurs familles, n'ont emporté avec eux que leur bras et leur épée, tels sont les fondateurs de Rome. Agrégation d'individus, d'atômes, ils n'ont d'autre lien commun que leur esprit sauvage et leurs appétits de brigandage. Ils n'ont pas même emmené leurs femmes. Rebut des peuples pour leurs voisins, ceux-ci repoussent avec mépris et indignation la supposition de leur donner leurs filles en mariage. Mais ce qu'on ne leur donne point de bon gré, ils le prennent de force : ils invitent leurs voisins à des jeux publics, et pendant la fête, ils assaillent leurs hôtes (crime des plus exécrables d'après les idées de l'antiquité), et ravissent leurs filles. Romulus, leur chef, dont la légende a fait un dieu, leur donne le premier exemple : un fratricide le revêt du pouvoir absolu. La légende ne recule point devant un pareil crime, elle le met au compte de l'état originaire de sauvagerie et d'arbitraire. Romulus lui-même y mit une fin.

Il fait régner l'ordre et le droit, comme les seuls liens capables de contenir cette tourbe sauvage (5) : pour les protéger, il institue la royauté, qu'il entoure, dans ce but, de splendeur et de dignité extérieures (6):

---

(5) Tite-Live, I, 8. ... *multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat.*

(6) Tite-Live, ibid., ... *jura quae ita sancta... fore ratus, si se ipse venerabilem insignibus imperii fecisset, quam cetero habitu se augustiorem tum maxime lictoribus duodecim sumtis fecit.* Dans son coup-d'œil rétrospectif sur la royauté, au livre II, 1, Tite-Live désigne la puissance

Après la fondation de l'État, la fondation de la maison domestique succède à l'enlèvement des Sabines. L'État et la famille fondés, vient le tour de la religion. Romulus avait déjà le respect des dieux, mais la plus grande part de son activité fut tournée vers l'État. Numa, son successeur, fut, d'après la légende, appelé au trône sur la réputation de sa piété et de son esprit de justice. Il apparaît comme le représentant du principe religieux. Il ne borne pas ses soins à l'établissement de la religion, à l'introduction de nouveaux dieux et au règlement du culte, mais il a pour but de « fonder » à nouveau, par le règne des lois et de la morale, la ville qui » s'était élevée par la violence et par les armes (7). » Il y parvient en donnant, même à ses institutions temporelles, une consécration divine, qui résultait de ce qu'il les présentait, aussi bien que ses institutions religieuses, comme des inspirations de la nymphe Égérie.

Restait le droit international : Tite-Live désigne Ancus Martius, le quatrième roi, comme le fondateur de cette partie du droit (8). Il est remarquable que la légende qui fait émerger

---

royale comme le soutien ou le principe vital de l'État antique, et il se demande ce qui serait advenu de Rome, si la crainte du roi n'avait pas tenu en respect cette multitude d'aventuriers.

(7) Tite-Live, I, 19.

(8) Tite-Live, I, 32. *Ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae ceremoniae proderentur, nec gererentur solum, sed etiam indicerentur bella aliqua ritu, jus ab antiqua gente Aequicolis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.*

« Mais la légende n'était pas unanime. Tite-Live se contredit lui-» même, car il a déjà montré (I, 24) les féciaux dans leurs fonctions in-» ternationales sous Tullus Hostilius. C'est à ce dernier aussi que Cicé-» ron fait remonter l'introduction du droit international, tandis que » Denys d'Halicarnasse attribue à Numa Pompilius la fondation du collège » des féciaux. Ces fluctuations de la légende... prouvent tout au moins que » le droit international n'a surgi qu'après les autres parties du droit, dans

tout le reste du sein de Rome même, avoue ici un emprunt fait à un peuple étranger.

Telle est en peu de traits, l'histoire des origines du droit, qui paraissait aux Romains des temps postérieurs, être le cours *naturel* des choses. C'est une vérité banale, aujourd'hui, que toute légende contient l'expression de la pensée populaire. Lors même que l'ensemble des faits qu'elle raconte n'est pas conforme à l'histoire, elle n'en renferme pas moins la vérité psychologique, et contient une indication précieuse de la pensée et du sentiment universel du peuple. La légende romaine est très caractéristique sous ce rapport. Quelques lignes suffiront pour le démontrer.

Les mythes populaires se plaisent d'ordinaire à faire remonter les impressions relativement récentes à une époque très éloignée et jusque dans un âge primitif, obscur et inconnu. Ils représentent l'œuvre des hommes et le produit naturel de l'histoire nationale, comme un don des dieux, ils dépeignent les temps antiques comme un âge d'or où les dieux se mêlaient encore aux hommes. Rien de semblable dans la légende romaine. Tout ce que Rome est, tout ce qu'elle acquiert et tout ce qu'elle produit, elle le doit à elle-même et à sa puissance propre; tout se fait et s'organise, partout il y a concordance, intention et calcul. Rien ne se fait de soi-même, pas même les *gentes*, qui sont cependant le produit le plus immédiat de l'accroissement naturel des familles (§ 17), ni même le droit, qui émane cependant, en grande partie, des mœurs. Rien ne s'emprunte au dehors, excepté le droit international. L'État, le droit, la religion, Rome a tout produit elle-même.

C'est là un trait fondamental de la manière de voir des

» le développement de la conscience juridique des Romains. La forme la » plus intrinsèquement exacte de la légende est sans aucun doute celle » qu'a suivie Cicéron. » Voy. LANGE, dans son compte-rendu de la 1re édition de cet ouvrage dans les *N. Jahrb. für Phil. u. Pädag.*, tome 67, p. 38.

Romains : Rome n'a rien emprunté au dehors, et ce qui est né chez elle, elle le doit à elle-même, c'est elle qui l'a créé avec *conscience* et *intention*.

La théorie de la génération spontanée, c'est-à-dire inconsciente et somnambulique du droit, n'a jamais été en faveur auprès d'un peuple aussi énergique (*).

L'histoire de Rome doit, par conséquent, commencer du commencement. Elle doit parcourir en entier la longue carrière de la sauvagerie naturelle antérieure à la fondation de l'État, du voisinage atomique des individus, jusqu'à la formation d'un peuple et d'un État, jusqu'à la civilisation et la religion. Rome n'a pour capital que des hommes au bras violent, placés au plus bas échelon de l'histoire, naufragés, moralement nus, volontairement échoués sur la plage. Sans passé, n'appartenant pas à un seul et même peuple, mais accourus de tous les points de l'horizon, ils n'apportent ni droit commun, ni dieux communs; ils ne vénèrent rien de tout ce que les peuples d'alors respectaient comme saint et bon; aussi n'apparaissent-ils, aux yeux de ces derniers, que comme le rebut de l'humanité.

La première phase de cette cosmogonie du monde romain, nous offre ainsi le spectacle habituel de l'histoire à son origine : le règne de l'arbitraire et de la violence. A la phase suivante, nous assistons à la naissance de la communauté. Ligue contractée dans un but de brigandage, maintenue par la force ou par la discipline militaire, elle n'en constitue pas moins, déjà, l'origine de l'État. La famille, la consolidation de la royauté et l'alliance avec un peuple étranger s'y ajoutent bientôt.

Alors seulement, et avec Numa, apparaissent la religion et la moralité. Au dehors la paix est assurée. A l'intérieur, les conditions de la vie publique régulière sont garanties. Le règne de la force brutale est terminé, le moment est venu de commencer l'éducation morale du peuple. Une fois encore, il est vrai, sous

(*) V. sur l'époque postérieure § 29.

Tullus Hostilius, l'antique sauvagerie se relève, mais elle s'exerce au dehors, et le successeur de ce roi, le fondateur du droit international, lui donne des formes légales, lui impose des limites internationales, et réussit à restaurer l'esprit de l'époque de Numa.

Ici se termine la génèse du monde romain. Il ne s'opèrera plus désormais que des changements partiels dans l'ordre de choses établi. Cette histoire offre une certaine analogie avec la cosmogonie de l'ancien testament : elle fait surgir tout ce monde *en peu de temps*, du *néant* ou du *chaos*. Comme aux jours bibliques de la création, elle en fait naître *successivement* et *séparément* les diverses parties. L'ordre de la succession des périodes a quelque chose de caractéristique. Il est parfaitement dans la nature des choses, que le chaos, cet état d'agitation et d'arbitraire individuels, soit le principe, et le droit international la conclusion. Il est singulier cependant que la religion n'apparaisse qu'après le droit. C'est le renversement complet de l'ordre historique, d'après lequel le droit a originairement un caractère religieux, et ne revêt que par la suite un caractère profane. D'autres déjà (10), ont signalé ce fait. Je suis tenté d'y voir l'expression du sentiment romain, pour lequel l'État occupait la première place, tandis que la religion n'arrivait qu'en seconde ligne.

Cette interversion d'un ordre de choses que l'expérience de l'histoire nous montre toujours constant, dénonce à elle seule qu'il y a dans l'histoire de la formation du monde moral romain quelque chose d'artificiel. D'autres considérations encore viennent apporter des preuves nouvelles à l'appui de cette assertion. Les recherches célèbres de Niebuhr nous épargneront la

(10) Par ex. Hegel, *Philosophie de l'histoire*, p. 361 : « Il est très digne » de remarque que la religion ne naît qu'après l'État, tandis que chez les » autres peuples, les traditions religieuses apparaissent dès les temps les » plus reculés, et avant toute espèce d'institutions civiles. »

peine d'entrer dans les détails ; qu'il suffise ici, de faire ressortir, d'une manière générale, l'invraisemblance profonde de la légende romaine. Préoccupée de rabaisser autant que possible les origines de Rome afin de rendre d'autant plus éclatant le contraste de sa grandeur ultérieure, elle signale la population primitive comme un ramassis d'individus sans lien commun, et les appelle les *premiers hommes*. Cela est-il admissible? Chacun de ces hommes qui ont concouru à l'édification de Rome n'avait-il point déjà fait partie d'une communauté organisée? n'avait-il pas emporté avec lui un certain bagage historique? ou faut-il croire qu'il ait pu rejeter loin de lui et ses dieux et ses idées de droit, et toute son éducation morale, pour redevenir un être sauvage? Parmi ces brigands et ces meurtriers, un droit aurait-il pu se former en si peu de temps, ou plutôt Romulus aurait-il pu forger, au gré de sa volonté, un droit qui malgré la composition disparate de la population, malgré sa licence effrénée, aurait eu immédiatement l'autorité et l'influence d'un droit patrimonial et héréditaire? Hegel, qui pour le reste a admirablement compris l'essence de l'esprit romain, n'a point rejeté cette croyance. Il fait dériver l'esprit de légalité rigide des Romains de cette première société de brigands dont ils sont issus. « Cette origine de l'État entraî- » nait, en effet, comme conséquence immédiate, et une disci- » pline de fer, et l'esprit de sacrifice dans l'intérêt de la ligue. » Pour lui « Rome a, dès son origine, quelque chose d'artificiel, » de violent, de dépourvu d'originalité » ; la vie romaine commence « avec une férocité sauvage ignorant les sentiments de » la moralité naturelle (11). » D'après ce système, le droit ne serait plus une chose inhérente au peuple même, ce serait une sorte de frein imposé à un animal sauvage et indompté, et l'État ne serait qu'une cage dont cet animal ne pourrait sortir que pour ravager et piller chez les voisins, sous la garde de son

(11) V. Hegel, *Philos. de l'hist.*, p. 344, 346, 348, 351.

dompteur. Je ne conteste point à ce système une certaine part de vérité. J'y reviendrai plus tard, en parlant du rapport qui existe entre le sentiment rigide de la légalité et la discipline militaire, mais je repousse énergiquement cette idée qui par amour pour la légende, donne pour berceau au droit et à l'État un véritable marécage moral. La légende romaine prétend revendiquer pour les Romains la gloire d'avoir commencé de rien, et d'avoir tout produit d'eux-mêmes; c'est pour cette raison qu'elle ne place au commencement de l'histoire de Rome, ni nationalité, ni religion, ni droit. La vérité est, au contraire, que tout cela existait avant Rome. L'on pourrait comparer les fondateurs de Rome à des émigrants continuant ailleurs la communauté dans laquelle ils vivaient dans leur patrie, et qui ont apporté avec eux leur famille et leur fortune, leur religion et leurs institutions. Rome, il est vrai, fut l'asile où de bien loin les malfaiteurs venaient chercher un refuge; mais quel qu'ait été le nombre de ces individus isolés, accourus de tous côtés, il y eut toujours un noyau solide de population, une souche à laquelle vinrent se rattacher et s'assimiler ces éléments atomiques. Ce noyau était le gardien des institutions héréditaires. Il garantissait à l'État et à ses institutions la fermeté qu'ils avaient eue dès le principe. La formation du droit et de l'État romains n'est donc point (pour employer l'expression scientifique) *primaire*, mais elle est *secondaire*; elle s'établit sur la base et par le moyen de formations préexistantes. Rome apporte, dès l'origine, une dot historique. Dans son droit, dans sa langue se rencontrent les réminiscences d'un passé qui s'étend bien au-delà de Rome. On y trouve, pourrait-on dire, les traces d'un système antédiluvien, d'un développement du droit dont le principe et les progrès sont bien antérieurs à Rome elle-même, et dont les résultats forment la base de l'édifice que Rome se met à construire.

Déterminons maintenant cette dot historique que Rome apporta avec elle, à son avènement dans le monde, et découvrons la voie qu'avait suivie le développement du droit avant d'arri-

ver à Rome. Le souvenir en est perdu dans la mémoire du peuple, mais on trouve encore, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer au paragraphe précédent, des restes de ces temps primitifs, dans le droit aussi bien que dans le langage des époques postérieures. Je vais remonter avec la légende jusqu'aux premières origines du droit. Je la côtoyerai pas à pas, en remplaçant les quatre phases qu'elle nous montre dans l'histoire de la formation du droit (mouvement individuel antérieur à l'État, formation de l'État, apparition de la religion et adoption du droit des gens), par trois principes : celui du droit subjectif correspondant à la première phase, le principe de la famille et de la constitution militaire, avec son influence sur la formation de l'État, répondant à la deuxième et à la quatrième phase, et enfin le principe religieux répondant à la troisième phase.

TITRE PREMIER

POINTS DE DÉPART OU CONSIDÉRATIONS ET ÉLÉMENTS ORIGINAIRES DU DROIT ROMAIN

Le *minimum* des origines historiques.

> Justitiae initium est ab natura profectum, deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt, postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.
>
> Cic., *de invent.* III. 53.

9. Grand, infiniment grand est l'abîme qui sépare notre conception moderne du droit, de ces premiers rudiments de la formation du droit et de l'État, auxquels nous voulons remonter. Je ne parle point de l'espace de temps, bien qu'il soit considérable, ces premiers rudiments remontant à une époque bien antérieure à Rome; mais j'entends signaler la différence dans la manière de comprendre le droit. Cette différence est si grande que nous avons peine, aujourd'hui, à nous représenter les idées de l'enfance du droit, à les comprendre et à les trouver naturelles. Nous n'oublions que trop facilement, que ce qui nous paraît, au point de vue actuel, *naturel* et *raisonnable*, est le produit d'un travail long et pénible. Sans la connaissance de l'histoire, nous ignorerions que certaines considérations juridiques qui sont si près de paraître, au jugement naïf de l'homme qui ignore l'histoire, la propriété éternelle de la raison humaine,

ne sont en définitive, que les résultats de ce travail. Les idées qui règnent aujourd'hui au sommet comme au bas de l'échelle sociale, et qui sont devenues le patrimoine commun de toutes les nations civilisées, sont précisément celles qui appartenaient à ce domaine. L'homme est sujet du droit, comme homme, et non pas seulement comme citoyen; la capture de prisonniers de guerre ne fonde point d'esclavage; la défense privée est contraire à l'ordre juridique; l'État est quelque chose d'autre, de plus élevé, que la somme des individus, il a d'autres buts et d'autres moyens que ces derniers; il a, avant tout, pour but de réaliser le droit et la justice jusque dans les sphères les plus minimes; — tous ces principes se sont si bien adaptés à notre conception actuelle du droit, que nous comprenons à peine qu'ils aient jamais pu être l'objet d'une contradiction. Ici se révèlent les progrès gigantesques de l'histoire. Les vérités les plus fécondes auxquelles atteignait à peine le regard le plus audacieux des génies les plus éminents, sont descendues des régions de glaces et de neiges où elles reposaient depuis des siècles, inaccessibles et invisibles, jusque dans les plus infimes profondeurs; elles sont devenues si bien le patrimoine commun des savants et des ignorants, que nul ne songe plus à s'en étonner. Pour trouver ces vérités si simples, pour les mettre en relief, il a fallu à l'esprit humain soutenir des efforts plus pénibles, une lutte plus énergique, que pour réaliser toutes les découvertes et toutes les inventions qui ont été faites jusqu'à nos jours. Pour en arriver à formuler cette idée que l'homme est libre, il a fallu déployer plus d'efforts, que pour savoir que la terre se meut autour du soleil. Cette idée n'a point eu son Copernic: non point que l'histoire ait oublié le nom de son vulgarisateur, mais les grandes découvertes morales ne sont pas l'œuvre d'un seul esprit, elles sont le fruit longuement mûri de la vie et de la pensée de générations entières. Si l'on voulait dresser le tableau des progrès qui élèvent notre époque actuelle au-dessus de ces premières origines de la civilisation, et même au-dessus de la civilisation de l'antiquité toute entière, il

faudrait inscrire en tête ces simples vérités. Tous les trésors de la science ne sont rien en comparaison de ces vérités inoculées dans le peuple, qui par cela même sont immortelles et transforment la vie. La science peut croître ou décliner, la plus grande partie des trésors qu'elle a amassés peut périr, mais ces vérités restent l'impérissable propriété de l'humanité.

La seule idée que l'homme, comme tel, est libre, — idée jusqu'à laquelle le droit romain ne s'est jamais élevé *en pratique*, — a plus de poids pour l'humanité que tous les triomphes de l'industrie. Cette idée seule constitue, pour le droit actuel sur le droit romain, un progrès à côté duquel la supériorité de ce dernier, sous le rapport de la perfection technique, rentre complètement dans l'ombre. L'histoire a travaillé des milliers d'années avant de réaliser ce principe, des millions d'hommes ont dû gémir dans l'esclavage, et des flots de sang ont dû couler jusque dans les temps les plus récents.

L'histoire commence par des germes infiniment faibles. La formation de l'État est précédée par l'existence d'une collection d'individus, dont la réunion en familles ou souches ne mérite pas le nom d'État. Néanmoins c'est indubitablement cette communauté qui a été la source de l'État et du droit postérieur; c'est dans elle, puisque l'histoire, comme la nature, ne procède point par sauts, c'est dans elle que devait peu-à-peu se développer l'État. Comment cela s'est-il fait? La science actuelle paraît vouloir éluder cette question, car pour elle le droit et l'histoire ne commencent qu'avec l'État. Si nous recourons à elle, nous devons donc nous résigner à accepter l'État romain et le droit romain, comme des faits accomplis, sans devoir, ou plus exactement, sans pouvoir même rechercher le germe de leur développement. Certes, si l'on ne pouvait répondre à cette question que par de vagues conjectures, s'il n'existait aucun vestige qui indiquât la voie parcourue par l'histoire, pour arriver de l'individu et de la famille à l'État, on serait bien justifié de négliger cette question. Mais si c'est tout le contraire qui a lieu, — et je crois que

tel est le cas pour le droit romain, — pourquoi n'offrir à notre juste curiosité qu'un pareil axiôme? Pourquoi ne pas profiter de l'occasion pour apprendre à connaître les *racines* de l'arbre, qu'un hasard heureux a mises à découvert. Où serait donc l'origine du droit et de l'État, s'ils n'avaient leur fondement intime dans l'individu, si toute communauté de famille et de races qui a précédé l'État n'avait point en elle-même la force créatrice du droit et de l'État? Pourquoi donc fermer nos yeux, si nous pouvons d'une manière quelconque retrouver l'origine du droit et de l'État dans cette communauté? Et lorsque nous arrivons à une époque où il ne nous est plus possible de reconnaître l'empreinte de cette communauté première, pourquoi ne pas en conclure que l'État et le droit sont aujourd'hui bien éloignés de cette origine lointaine? Toute histoire du droit devrait commencer par se rendre compte de cet écart. Elle devrait rechercher si elle peut encore renouer la chaîne qui lie l'État et le droit d'une part, tels qu'ils apparaissent pour la première fois dans l'histoire, et d'autre part l'individu ou la communauté des individus. Elle ne doit point proclamer d'abord que seul l'État *fait* peut l'intéresser, mais elle doit reconnaître qu'il fut un temps où l'État n'existait point.

C'est en partant de cette idée que nous aborderons notre tâche. Nous chercherons, par rapport à l'État et au droit le plus ancien de Rome, à nous rendre compte de la distance qu'ils ont parcourue depuis cet instant absolu de l'histoire — l'individu ou la communauté des individus — et nous verrons en quoi les circonstances historiquement reconnaissables portent encore les traces de ce point de départ. Quand bien même nous tomberions, en le faisant, dans d'inévitables erreurs, encore est-il plus exact et plus instructif, à mon avis, de partir de la supposition que l'*histoire a commencé d'infiniment peu*, et de tenter, en conséquence, de rattacher les premières images qu'elle dévoile à nos yeux, à un minimum moral, que de se contenter du fait accompli de l'État et du droit, et d'en exagérer la valeur juridique, sous l'influence d'une organisation juridique

et politique perfectionnée. C'est là une faute que l'on a souvent commise par rapport au droit romain ancien.

Je rangerai les matériaux qui nous sont fournis par l'histoire, pour le droit romain le plus ancien, d'après trois points de vue ou principes ; je chercherai à déterminer le contingent que chacun de ceux-ci a apporté à l'édifice du monde moral romain. Ces principes sont ceux que j'ai déjà mentionnés au paragraphe précédent :

1) *Le principe de la volonté subjective* qui repose sur cette idée, que l'individu porte en lui-même, dans son sentiment juridique et dans son énergie, la raison de son droit ; qu'il est réduit à lui-même et à sa propre force pour la réalisation de ce droit ;

2) *Le principe créateur de l'État,* et comme émanations de ce principe, la communauté basée sur l'*union des familles,* et l'influence de la *constitution militaire* sur la communauté.

3) *Le principe religieux,* avec son influence sur le droit et l'État.

Ces trois principes se suivent, pour la gradation morale, dans l'ordre indiqué : *mais je n'entends nullement leur attribuer une gradation temporelle correspondante* (12). Il me sera permis cependant, afin de mieux faire comprendre la portée de chacun de ces trois facteurs élémentaires, de les isoler et de les expliquer comme s'ils avaient apparu *l'un après l'autre*, leur laissant ainsi l'occasion de révéler ce que chacun d'eux aurait pu produire, et en même temps quel est le point où le moins élevé a épuisé son action et où le plus élevé lui a substitué la sienne.

---

(12) Je crois d'autant plus nécessaire d'insister sur cette observation, qu'on l'a perdue de vue dans les appréciations que l'on a faites de cet ouvrage. V. par exemple Walter, *Röm. Rechtsg.*, 3e éd., I, § 18, note 1.

CHAPITRE I. — *Le principe de la volonté subjective est la source originaire du droit privé de Rome*

A. *Fondation des droits par l'énergie personnelle*

La volonté subjective extrinsèque dans sa tendance à fonder le droit. — Le droit du butin. — Prédilection de l'esprit juridique des Romains pour les modes d'acquérir originaires.

> Se in armis jus ferre et omnia fortium virorum esse.
>
> TITE LIVE, V. 36.

10. Il n'est point de droit qui n'ait procédé de la force individuelle, et dont les origines ne se perdent dans le bas-fond obscur de la force physique. Mais chez une foule de peuples cette période de force et de formation violente du droit a complètement disparu de la mémoire nationale. Leur tradition reste muette sur les aïeux qui fondèrent le monde du droit par la force de leurs bras, pour ne parler que des dieux ou des serviteurs des dieux qui apportèrent le droit aux hommes, comme présent, ou qui le leur imposèrent comme règle. La sueur et le sang des hommes qui s'attachent à l'origine du droit sont cachés par le nimbe divin qui l'entoure.

Il en est autrement du droit romain. Le temps n'a pu laver les taches de sueur et de sang dont le travail des hommes l'a maculé. Le principe que la force individuelle est la source du droit est une des vérités primordiales de l'histoire du droit romain.

La force individuelle est l'origine du droit : — ces mots sont presqu'inintelligibles pour nous. Habitués à remettre tout entre les mains de l'État, à définir le droit comme étant la volonté

de l'État, à lui en abandonner la réalisation, c'est à peine si nous connaissons, en droit, la force individuelle. Partout où elle se montre sans l'autorisation de l'État, nous la punissons et la poursuivons comme une atteinte à l'ordre juridique. Mais autant, à nos yeux, la force et le droit sont différents l'un de l'autre, autant l'intuition actuelle que nous possédons de ces deux idées diffère de celle des anciens romains. Il faut, dès que nous posons le pied sur le sol de la Rome antique, que nous abandonnions complètement les notions actuelles que nous avons sur l'État et sur l'ordre juridique.

Notre distinction si rigoureuse du droit et de la force est-elle, d'ailleurs, bien exacte en fait? N'y a-t-il pas, aujourd'hui même, de terrain sur lequel ils marchent la main dans la main? Nous avons déclaré la guerre à la force dans la sphère étroite de la vie civile; elle ne s'y montre plus aujourd'hui que timidement et à la dérobée, et nous ne nous doutons pas qu'il fut un temps où elle eut, même sur ce terrain, la puissance la plus étendue. Mais la force bannie des humbles régions de la vie privée, s'est réfugiée sur les sommets où s'agite l'histoire du monde. Lorsqu'un peuple opprimé s'affranchit de la tyrannie qui pèse sur lui, lorsqu'un gouvernement rejette loin de lui le joug d'une constitution funeste, imposée dans un moment de suprême atonie, par des masses ignorantes, lorsque l'épée du conquérant fait crouler un état vermoulu, et taille des lois au peuple vaincu, — que répond notre théorie du droit et de la force? Elle accepte le changement comme un fait accompli et sauveur. En d'autres termes, elle ne peut se soustraire à l'aveu que la force comme telle, peut quand même, détruire ou créer le droit. L'histoire, avec sa puissance gigantesque, semblable à celle de la nature, ne se laisse pas emprisonner dans les toiles d'araignée d'une théorie; sitôt qu'elle s'agite, elle en brise d'un seul coup tous les fils, laissant à la théorie le soin de les renouer pour le nouvel état du monde.

Que conclure de là? Si aujourd'hui même nous voyons encore la force créer le droit, quelle autre mère aurait-il eue à l'ori-

gine de l'histoire? Gardons-nous cependant de confondre l'une avec l'autre, et ne disons pas que la force régnait *au lieu* du droit. Alors même le droit existait déjà, mais il avait une autre forme qu'aujourd'hui : le droit n'existait point comme une puissance objective qui se réalise par elle-même, mais comme un sentiment juridique interne et subjectif. Le sentiment du droit gravait son empreinte sur ce que la force avait créé, acquis ou conquis, il en faisait une partie de l'individu même, doublant ainsi l'énergie qu'il mettait à le maintenir. Le premier germe du sentiment juridique est le sentiment de la raison *propre* fondée sur la conservation des forces propres, et tendant au maintien des fruits de celles-ci. Ce que l'homme a conquis à la sueur de son front, ou au prix de son sang, il veut le conserver. Ce sentiment implique, il est vrai, la reconnaissance du droit d'autrui, mais en pratique le respect du droit d'autrui ne se développe qu'insensiblement et avec peine. Dans l'origine, ce respect se borne au cercle étroit des associés. Tout homme qui se trouve en dehors de l'association est sans droit, contre lui on peut donner carrière à la violence, et la force prépondérante fonde le droit. La violence est permise même contre les associés, dès qu'ils lèsent la personne ou la possession d'un co-associé. La force privée fait récupérer ce qu'on a perdu, et si la revendication devient impossible, elle calme au moins la soif de la vengeance.

Tels sont les contours du sentiment juridique brutal dont les Romains ou leurs ancêtres étaient à peine sortis qu'ils l'avaient déjà oublié, mais qui s'est toujours conservé chez eux, bien que revêtu d'une forme plus raffinée et plus noble. Le monde appartient à la force individuelle. C'est en lui-même que chacun porte le fondement de son droit, il doit le défendre par lui-même : telle est la quintessence des idées de la Rome antique sur la vie. C'est ce que nous allons établir par les traces que nous en ont conservé le droit, les mythes et l'étymologie.

Le monde romain fut fondé par l'épée, et l'épée ou la lance est le plus antique symbole du droit romain. Ce ne furent pas

les dieux qui donnèrent aux Romains leur premier équipement, comme le Dieu d'Israël donna la terre promise aux Juifs; ils n'eurent recours ni à la vente ni à la ruse, comme Didon lorsqu'elle fonda Carthage : non, les Romains n'ont point de propriété *dérivée*, dans le sens du langage juridique; — dérivée de Dieu ou des hommes; — leur propriété est *originaire*, — le propriétaire est son propre auteur; — ils l'ont prise comme ils l'ont trouvée.

L'acquisition du Romain consistait à *capere*. Pour lui la propriété est ce qu'il a pris avec la main, *manucaptum*, *mancipium*; lui-même il est le « *preneur* » : *herus* (13); la propriété ne se transfère point, comme plus tard, par la tradition (*transdatio, traditio*), mais l'abandon d'une propriété se concluait, dans la forme comme dans le fond, au moyen d'une appropriation unilatérale de la part de l'acquéreur (*mancipatio, manucapere*).

Le mot *prendre* est le seul qui réponde à l'idée romaine, et la langue latine, si pauvre qu'elle soit d'ailleurs, est riche en expressions qui ont eu, dans l'origine, cette signification. *Emere*, dans le langage des temps plus avancés, signifie acheter, mais là où les Romains de ce temps achetaient, leurs ancêtres avaient l'habitude de prendre. Telle était en effet la signification originaire d'*emere* (14).

Rapere (en allemand *rauben*, en gothique *raubon*) a dans la latinité postérieure, le sens allemand, et *rapina* y désigne un délit. Mais l'antiquité ne connaissait point de délit spécial de

(13) Du sanscrit *hr.* prendre, d'où dérive aussi χείρ. LANGE, *loc. cit.* D'après cet auteur, *dominus* dérive de *do* (avec la suffixe *minus* comme dans *femina, ter-minus*). Il trouve dans le mot *potestas* un nouvel argument pour faire de la notion de force la source de la notion du droit.

(14) *Festus* v° *Abemito significat demito vel auferto*; *emere enim antiqui dicebant pro accipere*; V. aussi v° *Redemptores*. V. aussi POTT, *loc. cit.* Tome I, p. 261. La signification originaire s'est conservée dans des mots composés, par exemple *adimere* (*ad-emere*), prendre avec soi, enlever.

rapine [15], et *rapere* ne signifiait autre chose qu'arracher, attirer violemment à soi, sans que le langage y attachât la nuance de fait illicite. De même le langage ne distingue point entre le cas où l'on s'approprie sans peine une chose sans maître, et celui où on l'emporte comme butin, il se sert pour les deux hypothèses du mot *occupare*. De ces trois racines : *emere*, *capere* et *rapere*, la langue latine a formé un riche répertoire de mots dérivés et composés, dont les significations furent plus tard très diverses. Mais leur identité originaire dans le sens de prendre n'en est que plus significative.

Le cas le plus important d'appropriation violente se rencontrait dans le butin de guerre. Il était considéré, ainsi que nous l'apprend GAIUS [16], comme le meilleur mode d'acquérir la propriété, *maxime*, dit-il, *sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent*. Chez tous les peuples jeunes et guerriers, le vol fait au préjudice de l'ennemi a toujours passé pour un mode d'acquisition honorable; « aujourd'hui même, chez les tribus » nomades de l'Afrique, le mot voleur est un nom d'honneur, » (Roscher). Dans l'appréciation des anciens grecs et des peuples septentrionaux antiques, la piraterie était un métier considéré, tandis que le commerce était méprisé, parcequ'il se concilie avec la lâcheté et la tromperie. Mercure était à la fois le dieu du commerce et du vol. Ce renseignement de GAIUS n'est autre chose, il est vrai, qu'une opinion personnelle; mais il mérite toute notre attention, car nous y voyons un jurisconsulte romain, armé de bien autres ressources que nous pour connaître l'ancien droit, dévoiler dans cette observation l'empreinte du sentiment dont nous voulons ici constater l'existence chez les Romains. Il semble qu'il faille également rapporter à l'idée de prendre, l'origine étymologique du mot *praedium*. La

---

(15) La *rapine* rentrait dans la notion du vol, c'était un *furtum manifestum*.

(16) GAIUS, IV, § 16.

parenté avec le mot *praeda* ne saurait être méconnue (17). Il n'y a rien d'étonnant à ce qu'on ait pareillement voulu mettre en rapport la division des choses en *res mancipi* et *nec mancipi* avec la conquête du butin de guerre (18). Les *res mancipi* dont la propriété ne se transférait que par *mancipatio*, ou par un autre mode d'acquisition du droit civil, étaient, dans cette opinion, les choses que les Romains avaient l'habitude de traîner après eux dans leurs courses guerrières. Je crois cependant que cette opinion, que j'ai partagée autrefois, est inexacte; mais j'en réserve la preuve pour plus tard. La *mancipatio* repose indubitablement sur l'idée que le transfert de la propriété résulte de l'acte d'appréhension de celui qui reçoit, et non de l'abandon de celui qui donne; mais elle n'a aucun rapport particulier avec le butin de guerre.

L'idée que l'appréhension est la véritable origine du domaine juridique se manifeste encore dans deux usages. J'indiquerai d'abord les noces romaines. Le mari enlevait la femme du milieu de ses parents; cela avait bien réussi à Romulus, ainsi que FESTUS le remarque ingénument (19). Cependant la légende de l'enlèvement des Sabines fut plutôt l'effet que la cause de cet usage.

(17) Sur le mot *praeda*, contraction de *prae-hida*, de *prae-hendere*, *prendere*, racine: *hed*. V. POTT, *loc. cit.*, I, p. 142, 199. Au lieu de rapporter l'origine de *praedium* à *praeda*, (ainsi que le faisaient déjà les Romains, *Gromat. veter.*, éd. LACHMANN, I, 369: *quod antiqui agros quos bello ceperant ut praedas nomine habebant*), on a voulu la rattacher à *praes*: la caution dont le *praedium* était la sûreté. Ce n'est là que déplacer la question, et non la résoudre: car *praes* dérive de la même racine, la caution est celui qui prend sur lui. RIVIER, dans ses recherches sur la *cautio praedibus praediisque*, Berlin, 1863, p. 14, fait dériver *praes* de *prae-vas*; il n'explique point le rapport de ce mot avec *praeda* et *praedium*, mais il admet la relation de ces derniers entre eux (p. 30).

(18) PUCHTA. *Cours d'institutes*, t. II, § 238.

(19) *Sub voce rapi*.

Le second usage avait un caractère religieux. Là où les hommes vivent de rapine, et voient dans la rapine la base de la propriété, les dieux aussi doivent se procurer leurs serviteurs par le même moyen. C'est ainsi, en effet, que les vestales ([20]) et le *flamen dialis* étaient enlevés *(capiuntur)*. Étaient-ils les seuls ? Et, le cas échéant, pourquoi étaient-ils les seuls ? C'est ce que nous ignorons.

Le symbole de la propriété était la lance. Une lance plantée dans le sol annonçait à Rome tous les actes publics qui avaient rapport à la propriété. Il en était ainsi, par exemple, devant le tribunal des centumvirs, qui connaissait principalement de la véritable propriété romaine; il en était encore ainsi dans les ventes publiques *(sub hasta vendere)* ([21]).

Le mot *subhastation*, qui a passé dans le langage judiciaire de nos jours, prend sa source dans cet usage. Dans l'affranchissement des esclaves devant le Préteur, apparaît également la lance, remplacée plus tard par un bâton, en langage officiel : *vindicta*. Mais cela nous conduit à la *vindicatio*, dont nous n'aurons à nous occuper que plus loin. Le cérémonial des noces comportait aussi la lance. Il était d'usage, pendant la cérémonie du mariage, que le futur époux partageât la chevelure de la future au moyen d'une lance, *coelibaris hasta* ([22]). FESTUS, qui nous a conservé ce renseignement, donne entre autres explications, que la lance est le signe le plus élevé de la puissance (« *summa armorum et imperii* »). Cet acte aurait été ainsi le symbole de l'entière soumission de la femme à la puissance de son mari. Cependant, d'après de nouvelles recherches, il

---

([20]) GELL. I. 12 § 13 : *Pontificis maximi manu prehensa ab eo parente, in cujus potestate est, veluti* BELLO CAPTA *abducitur.*

([21]) C'est ainsi que le mot *hasta* tout seul, servait encore, plus tard, à désigner les ventes à l'encan, par exemple : *fiscalis hastae fides.* Ce mot était aussi employé pour les locations publiques, TITE-LIVE, XXXIX, 44 : *Submotis ab hasta.*

([22]) V. FESTUS, *sub hac voce.*

est hors de doute aujourd'hui que cette explication n'est pas exacte ([23]).

Il est si naturel que les Romains n'aient pas refusé aux dieux le signe le plus élevé de la puissance, que nous ne devons pas nous étonner d'apprendre ([24]) que les Romains des temps primitifs adoraient tous les dieux sous la forme d'une lance. Plus tard, la lance, de symbole des dieux qu'elle était d'abord, devint leur attribut dans sa plus ancienne forme : comme *hasta pura,* ou lance sans fer ([25]).

Lorsque la force physique est la source de l'acquisition, il est naturel que la main y joue le premier rôle comme instrument. Combattre c'est *en venir aux mains, manum conserere;* attaquer c'est *mettre la main sur... manum injicere, manus injectio.* La puissance juridique elle-même est nommée *manus,* parce que en fait c'est la main qui l'a fondée, et qui la maintient ([26]). Il est vrai que le droit postérieur a limité cette expression dans son usage technique, à une seule espèce de puissance : celle du mari sur la femme, mais le mots composés au moyen de cette expression, qui sont restés en usage dans le droit postérieur, en ont conservé le sens général primitif ([27]). La force matérielle,

---

([23]) ROSSBACH, *Untersuchungen ueber die römische Ehe.* Stuttgart, 1853, p. 290. La lance servait originairement à couper la chevelure, et elle s'est conservée comme forme résiduelle. III. 194.

([24]) JUSTIN, XLIII. 23.

([25]) « La lance de guerre n'était pas, à l'origine, garnie de fer, ce n'était » qu'une *hasta praeusta,* affilée au feu. Il est resté de tradition chez les » peuplades italiques que cette arme servait autrefois dans la guerre, » soit pour la déclarer, par le ministère des féciaux, au moyen d'une » lance jetée sur le territoire ennemi, soit pour récompenser la valeur » des soldats, en leur donnant une *hasta pura* ». ROSSBACH, *loc. cit.,* p. 291. Il en est ici comme du cas de la note 23.

([26]) De *manus* dérive aussi *manubiae :* le produit du butin. GELL. XIII. 24.

([27]) Voir pour plus de détails § 36.

la puissance est donc la mère du droit. Telle est la conclusion de ce qui précède. Cette proposition exprime clairement la manière de considérer la vie, et l'esprit belliqueux du peuple; elle caractérise l'histoire antérieure de Rome. L'étymologie nous en fournit encore de nombreuses preuves. De même que la langue latine ne désigne pas les fonds de terre par leur qualité si saillante d'immeubles, mais les envisage comme objets de butin, de même elle ne désigne pas l'homme par son sexe, mais elle le nomme d'après sa vocation guerrière. L'expression sanscrite pour traduire l'homme, est *nri* et *nara* (28), et la langue grecque l'a conservée dans ἀνήρ. Le latin, au contraire, la rejette, et y substitue le mot *vira (vir)* qui en sanscrit, signifie guerrier, héros : c'est dire que les hommes romains ne se caractérisent point par leur sexe, mais par leur vocation guerrière. La vertu romaine : *vir-tus* est donc, d'après sa signification originaire, la possession de la virilité, c'est-à-dire de la valeur guerrière. Le mot *vis*, force, puissance, a trop d'analogie avec *vir*, tant pour la consonnance que sous le rapport de cette antique manière de voir des Romains, pour que l'on doive hésiter à conclure à une parenté étymologique entre ces deux expressions (29). L'idée dont nous nous occupons ici, revêtue d'une forme personnelle, peut être rendue ainsi : Un guerrier *(vir)*, exerce sa force *(vis)* au moyen de la lance *(hasta)*, et il soumet les personnes et les choses à son pouvoir *(manus)*.

Le nom du peuple, *Quirites*, selon son étymologie reçue, se rapporte à la même idée. *Quiris*, *curis* est l'ancienne lance

(28) Pott, *loc. cit.*, I, p. 106.

(29) Étymologiquement parlant, la corrélation de *vis* et de *vir* est possible, l'*r* de ce dernier est même conservé dans le pluriel du premier. V. Pott, *loc. cit.*, tom. I, p. 205 qui trouve cependant quelque motif d'hésiter dans cette disparition de l'*r* au singulier. Mais v. les remarques de Lange, *loc. cit.*, p. 42.

sabine ([30]), les Quirites sont donc les porteurs de lances. Qu'il me soit permis d'émettre une supposition à propos de l'étymologie de *Quiris*. D'après une autorité grave ([31]), il est possible que les mots *curia*, *decuria*, etc., dérivent de *com-viria, decem-viria*. *Curia*, d'après cela, indique la communauté des hommes, des soldats; *decuria* et *centuria* ont une signification militaire, ils désignent des parties de l'armée. Nous reviendrons sur ce point au § 20. Mais *curia*, et *curis* ou *quiris* (*cu* et *qui*, on le sait, sont souvent employés l'un pour l'autre), ont trop de ressemblance pour ne pas permettre d'admettre leur parenté originaire. Or, si *curia* est dérivé de *com-viria* : la troupe; *curis*, si l'on admet cette parenté, doit dériver de ce mot, et avoir le sens de : « ce qui est propre à la curie, » c'est-à-dire la lance guerrière, de service, commune à tous ([32]). *Quirites* désignait donc ceux qui portaient cette lance. Cette lance inévitable que

([30]) Macrobe, Sat., I, 9 : *ab hasta, quam Sabini curim vocant.*

([31]) Pott, *loc. cit.*, I, p. 123.

([32]) Que l'on n'objecte point qu'il serait anormal que le nom de la lance fût venu du nom de la troupe. Il ne s'agit pas ici de la simple *hasta*, mais de la *hasta curiae*, ou *hasta quiris*, c'est-à-dire de celle qui était commune à toute la curie, de la lance de service. Müllenhoff m'a signalé une analogie de la langue allemande. Le mot quenouille : *Kunkel (Chonacla, Kunkela, cuncla)*, le symbole de la femme, est formé de *quena* ou *Konâ* (γυνή) femme, pourquoi le signe de la troupe, *curia*, ne viendrait-il point de *curia*, le nom de la troupe même? — L'opinion ci-dessus, qui est basée sur l'étymologie de Pott : *curia* venant de *com-viria*, a rencontré un contradicteur énergique dans Lange, *l. c.* (V. aussi ses *Röm. Alterth.*, t. I, p. 80, 2e édit.). Ce dernier fait dériver *curia* de la racine κυρ, κοίρ, (κυρια) *coer* (coerare = curare), c'est-à-dire *coir, quir* avec le sens de *décision définitive*, et il faut avouer que cette étymologie répond infiniment mieux à l'usage officiel du mot *Quirites* (membres de la *curia*), désignant les bourgeois par opposition aux soldats, et aux autres arguments allégués par Lange, (« *Quirinus* représente l'activité civile du *populus romanus quiritium*, comme Mars représente son activité guerrière; rapports de la

nous avons déjà rencontrée chez les dieux et chez les hommes, dans les noces et dans les ventes, dans les manumissions et aux audiences des tribunaux, ne pouvait trouver une place plus opportune que dans le nom du peuple même. Nous reverrons la lance, plus loin (§ 15), non plus fonder des droits, mais les conserver.

Nous n'avons considéré jusqu'ici la force physique qu'en tant qu'elle est dirigée en pratique contre les ennemis seuls, c'est-à-dire comme fondatrice primitive de la propriété. La notion romaine de la propriété se manifeste pour la première fois dans le droit du butin : c'est à ce même droit que se rattache son développement pacifique et contractuel. Ce que quelqu'un a disputé à l'ennemi, lui appartient comme palme du combat, et lui devient propre. La force physique revient au foyer avec l'idée du droit ; l'objet sur lequel elle s'est exercée, n'est point pour les associés un objet de butin, il est juridiquement inviolable comme la personne elle-même. C'est en cela précisément que consiste l'idée du droit de butin, et ce droit ne pourrait exister autrement. A ce mode d'acquérir originaire qui fut le premier, pour le temps comme pour le principe, viennent s'ajouter les modes dérivés. Dans nos idées actuelles le contrat paraît un mode si naturel de fonder des rapports juridiques, que nous n'hésitons point à attribuer même aux Romains cette manière de voir ; mais nous nous trompons foncièrement, ainsi que je le démontrerai avec plus de détails en exposant le second système. Il suffira de remarquer ici que dans le droit le plus ancien, le transfert de la propriété par contrat

Juno Quiritis avec les curies, dans chacune desquelles elle avait un autel) », que l'étymologie reçue qui fait des bourgeois des soldats. Corssen (v. Lange, Antiq., *l. c.*) fait dériver *curia* de *covisia* (de la racine sanscrite *vas*, demeurer), et cette étymologie se recommande par cette circonstance qu'elle permet de rattacher les mots *decuria* et *centuria* à la notion fondamentale de la curie, ce en quoi l'étymologie de Lange laisse à désirer.

n'avait point force et valeur par lui-même, mais uniquement parce qu'il se pliait à l'idée du droit du butin. La propriété n'est autre chose, dans son origine, que le droit sur l'objet capturé : elle ne naît que de la capture du butin. Lors donc que quelqu'un, au lieu d'aller prendre sur l'ennemi la chose dont il a besoin, s'adresse pour l'acquérir, à un associé, et que celui-ci consent à la lui transférer, non-seulement à titre de possession, mais comme propriété, c'est-à-dire « *comme sienne d'après le droit de butin* », ce changement ne peut s'opérer qu'au moyen d'un acte dans lequel celui qui a conquis la chose sur l'ennemi, se la laisse enlever par le nouveau détenteur, lequel remplit ainsi le rôle de « *celui qui a capturé la chose.* »

Examinons maintenant la force physique en tant qu'elle protège et réalise le droit.

B. *Système de la justice privée*

1. *Considérations générales.* — Origine du droit dans la justice privée. — La force au service du droit. — Importance de la distinction entre les prétentions contestables et incontestables. — Non-distinction entre les diverses espèces d'injustice.

> *Neque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare; idcirco nec actio ei a veteribus prodita est.* L. 17 p. de furt. (47 2).

11. Les premiers mouvements du sentiment du droit lésé, consistent inévitablement dans une violente réaction contre l'injustice causée, dans la défense privée et la vengeance. C'est là, dans cette espèce de justice sauvage, comme l'appelle Bacon, que tout droit puise son origine. Mais cette origine, d'après nos idées actuelles, n'est que le chaos qui a précédé la fondation de l'État, c'est la période où le droit et la force ne se sont pas encore séparés. A ce moment il ne peut encore être question de droit. Le droit, d'après nos idées, ne naît qu'après

que l'État a dompté ces explosions du sentiment juridique subjectif, et a créé des organes chargés de réaliser le droit. L'origine du droit ne date, dans notre conception actuelle, que de l'époque de la création des fonctions judiciaires : l'ordre juridique et l'administration de la justice par l'État sont donc des notions synonymes.

Cette conception qui s'explique au point de vue de notre ordre juridique actuel, ne tient pas un compte suffisant de la force et de l'efficacité de la puissance d'organisation naturelle de l'idée juridique. Le point essentiel dans l'idée de l'ordre juridique, c'est la réalisation sûre et constante du droit. Mais il ne faut pas croire que cette réalisation ne puisse se faire que par l'État et par ses autorités, qu'elle ne pourrait résulter, bien que d'une manière moins complète, de la puissance immédiate de la vie.

Dans l'origine, tout besoin de la vie trouvait sa satisfaction dans la vie même. Avant qu'un développement plus accentué eût fait surgir peu à peu des organes spéciaux pour les divers intérêts et les divers besoins de la communauté, ceux-ci n'étaient point livrés au hasard. La défense privée naturelle ou la vertu curative de la vie y pourvoyait. Il nous a été donné, de nos jours, de voir imposer à l'État l'aventureuse obligation d'*organiser le travail;* mais si bien familiarisé que l'on soit aujourd'hui avec l'idée de l'organisation par les soins de l'État, on a dû reculer devant la conséquence extrême de cette idée. L'on a dû admettre que le travail s'organise de lui-même, que l'État ne peut et ne doit pas se mêler de son organisation. Faut-il s'étonner dès lors que la justice aussi, ait pu un jour s'organiser toute seule, dans un temps où l'État avait si peu l'habitude de venir au secours des individus, qu'ils trouvaient tout seuls le droit, comme ils trouvent aujourd'hui le travail?

L'État avait-il donc besoin d'établir les principes du droit d'après lesquels les peuples se dirigeaient à leur origine? Ceux-ci avaient-ils donc été abandonnés de Dieu et du droit,

jusqu'au moment où le législateur s'occupa d'eux et leur prescrivit ce qui était de droit? Il n'y a pas si longtemps qu'on le croyait encore; on tenait pour impossible l'ordre juridique sans un législateur. Aujourd'hui nous avons abandonné cette erreur. Nous savons que le droit n'a pas attendu le législateur, mais qu'il a existé depuis les temps les plus reculés sous forme de coutumes. Est-il, en effet, si incroyable que le même instinct du droit et de l'ordre qui s'affirme ici, et a rendu le *législateur* superflu, se soit aussi manifesté dans la réalisation du droit, et ait rendu inutile le *juge*, dans l'acceptation actuelle du mot? Des juges, il y en eut depuis les temps les plus anciens : c'étaient des hommes versés dans la connaissance du droit, qui donnaient leur avis, comme experts, sur un litige. Il s'agit uniquement de savoir si, comme nos juges actuels, ils disaient et réalisaient le droit au nom de l'État. Or, c'est ce que je nie. L'histoire ne nous a pas transmis, il est vrai, une image claire de l'état juridique originaire, qui se perd dans les temps primitifs de l'existence des peuples; mais elle nous en a, d'autre part, conservé pour la plupart des nations, de si nombreuses traces dans leur droit postérieur, que nous sommes en mesure de reconstruire scientifiquement cet état originaire, et les idées qui y dominaient. L'intérêt que présente cette reconstruction, consiste moins à arracher à l'histoire quelque chose qu'elle nous a refusé, qu'à comprendre mieux ce qu'elle nous offre, c'est-à-dire à nous rendre compte des idées et des considérations qui ont donné naissance au droit des temps historiques, à chercher la filiation et le sens d'évènements, qui au point de vue du droit complètement développé, doivent nous paraître entièrement énigmatiques.

Transportons-nous en esprit à l'époque où la communauté n'avait pas encore donné naissance aux organes de la réalisation du droit, mais où elle considérait plutôt la poursuite du

droit comme un intérêt privé des individus ([33]). Cet état de choses a existé. Il importe peu qu'il s'étende loin au-delà de Rome, du moment qu'il reste acquis que tel est le plus ancien état reconnaissable du droit romain, et que ce droit a trouvé là le point de départ de son développement.

Ce n'était point le hasard qui régnait à la place du droit, ce n'était point la mesure de la force physique dont pouvaient disposer les parties contendantes, qui faisait pencher la balance; alors déjà, bien que d'une manière imparfaite, l'idée du droit se réalisait. Celui qui pour une injustice soufferte était obligé de recourir à la défense privée, n'en était pas réduit à ses propres forces, débiles souvent, mais l'injustice provoquait dans le sein de la communauté la même réaction du sentiment juridique, qu'en lui-même. La prépondérance de la force physique se jetait régulièrement du côté de celui qui avait le droit pour lui. Le sentiment du droit a par lui seul l'instinct de se réaliser.

([33]) SEEGER, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*. Tübingen, 1858, p. 164, 211, ss. s'est rallié à l'opinion exposée ici, et empruntée à la première édition. BETHMANN HOLLWEG, *Der civil Prozess des gemeinen Rechts*, t. I, p. 90, note 3, semble ne pas contester l'exactitude du tableau que je trace, mais il s'élève plutôt contre la supposition « que la raison pure puisse jus» tifier la défense privée comme moyen ordinaire de poursuivre le droit », et contre la *complaisance* avec laquelle je décris ces *restes de barbarie préhistorique*. (V. p. 89). Je conviens volontiers que ces circonstances étaient bien différentes d'un État juridique organisé, tel que le nôtre, et que je suis au plus haut point satisfait de ne plus les rencontrer en réalité, aujourd'hui ; mais en présence de l'opinion dominante qui ne voit là que de la barbarie et un horrible arbitraire, il m'a semblé hautement nécessaire d'insister de la manière la plus formelle sur ce point, que ces circonstances elles-mêmes constituaient déjà un certain état juridique, représentaient déjà une certaine phase de la vie juridique. Ce que l'on oublie beaucoup trop facilement aujourd'hui, en présence de la part que prennent les autorités émanées de l'État dans la formation et dans la réalisation du droit, c'est l'énergie morale personnelle, et la puissance créatrice du sens

Une violation de ce sentiment, n'atteignît-elle même immédiatement qu'un individu isolé, réveille cet instinct non seulement chez cet individu, mais chez tous les autres. Si ce sentiment ne trouve point, pour se réaliser, un organe constitué à cet effet, il cherchera à se satisfaire directement. Qu'il n'y ait point de juge pour appeler le délinquant à rendre compte de son méfait, et pour lui appliquer la peine, celle-ci n'en ira pas moins frapper le coupable, peut-être même d'une manière plus sûre et plus rapide que dans l'organisation la plus perfectionnée de la justice criminelle. C'est la *justice* populaire qui fait respecter la *morale* populaire offensée. Ce que font dans les circonstances actuelles la crainte de la peine légale et le glaive vengeur de l'autorité, là, c'est la crainte du bras partout présent de cette justice populaire, qui l'effectue. Il serait fort erroné de se figurer cet état de choses comme donnant journellement lieu à des scènes de justice populaire, et de défense privée violente. N'oublions point l'influence qu'exerçait, en règle générale, sur les résolutions, l'espoir d'une conduite prévoyante de la part de l'adver-

juridique subjectif. Or, c'est cette énergie qui est la source de tout l'ordre juridique, sinon d'où viendrait-il? La possibilité pratique de ces circonstances, telles que je soutiens qu'elles existaient à l'époque primitive du droit romain, est établie par la tradition historique des peuples les plus divers. V. par exemple, pour le droit juif : EWALD, *Alterthümer des Volks Israel*, p. 211, pour le droit hellénique : MEIER et SCHÖMANN, *Der attische Prozess*, p. 747, 748. HEFFTER, *Atheniensische Gerichtsverfassung*, p. 454, pour le droit germanique ancien, islandais et scandinave : WILDA, *Strafrecht der Germanen*, p. 157 à 223; DAHLMANN, *Geschichte von Dänemark*, II, p. 335 s. SEEGER, *loc. cit.*, p. 157-210; pour le droit russe : *Krit. Zeitschrift für Rechtsw. u. Gesetzgebung des Auslandes*, XII, p. 72, 73. Les voyages récents en Afrique nous montrent un état analogue; par ex., LADISL. MAGYAR, *Reise in Südafrika*, I, p. 331 : « L'exécution du jugement se fait par la partie qui a triomphé et par un de ses parents; s'ils n'ont pas la force suffisante, ils attendent une occasion favorable (par ex. un voyage), souvent pendant des années entières. »

saire. D'un autre côté, lorsqu'on se trouvait en présence d'un droit complètement indubitable, on devait s'attendre à l'assaut de toutes les forces unies pour en poursuivre le redressement, non-seulement des forces de l'intéressé, mais de celles de ses parents et de ses amis, tandis qu'on ne pouvait soi-même aucunement compter sur un pareil secours en cette occurrence. Ce n'était que lorsque le droit de l'un et l'injustice de l'autre étaient évidents, que la défense privée pouvait être assurée de ce secours moral et physique, qui garantissait son résultat, et consacrait en quelque sorte son caractère comme institution juridique. Lorsque la prétention était douteuse de sa nature, sa poursuite par voie de justice privée devait nécessairement amener une lutte sauvage, et dut être suppléée par la création d'institutions ayant pour but la décision des contestations (§ 15).

Cette distinction entre le droit ou l'injustice contestable ou incontestable exerce partout, à l'origine du développement du droit, une influence régulatrice sur sa formation ([34]); à mesure que le droit progresse, cette distinction perd de son importance ([35]). Mais elle est si profondément empreinte dans le droit et la procédure antiques de Rome, qu'on peut la désigner comme l'idée fondamentale qui caractérise toute l'architectonique du système antique. Il n'y a de procès que là où la prétention est contestable de sa nature. Lorsqu'elle est évidente, l'exécution suit immédiatement; c'est l'intéressé seul qui la poursuit, les autorités n'ont pas à intervenir. *Neque enim qui potest in furem*

([34]) Par exemple dans l'ancien droit scandinave (WILDA, *l. c.*, p. 161-165), dans le droit anglais (GUNDERMANN, *Engl. Privatrecht*, I, p. 372, et dans le droit russe (*Krit. Zeitsch.*, v. note 33), etc.

([35]) Elle conserve cependant encore une certaine importance; que l'on songe, par exemple, à la différence de la procédure exécutoire avec la procédure ordinaire, qui repose sur cette même distinction. La procédure du change y a également rapport.

statuere, necesse habet adversus furem litigare, — ces paroles du jurisconsulte romain, que j'ai prises pour épigraphe de ce chapitre, expriment l'idée fondamentale de l'ordre juridique de la Rome ancienne. Celui qui a un droit évident n'a pas besoin de recourir à l'autorité, ni pour le faire reconnaître, ni pour le faire réaliser. La réalisation ne concerne que l'intéressé. Je ne connais aucune disposition du droit ancien qui lui ait imposé la coopération de l'autorité, ou qui la lui ait fait seulement entrevoir. Il n'est pas douteux, il est vrai, qu'au besoin le magistrat n'eût pas hésité à intervenir ([36]), mais cette intervention n'était pas un élément nécessaire de l'ancienne procédure d'exécution. Celle-ci repose évidemment sur la supposition tacite que la résistance contre une défense privée juste, n'est pas même à prévoir, et que la force de l'intéressé seul est suffisante. Les peines comminées contre la désobéissance ne sont toutes nées que plus tard ([37]).

Un tiers pouvait, comme *vindex*, suspendre le cours d'une exécution, en contestant sa légitimité ; s'il succombait, il payait à titre de peine, la même somme que le débiteur. L'emploi de la force était autorisé contre celui qui résistait à une défense privée juste. Cet emploi de la force devait être dénoncé à haute voix ([38]).

([36]) TITE-LIVE, III, 48, mentionne un cas pareil : *I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium.*

([37]) V. par ex. *Dig.*, lib. II, tit. 5-8, et GAIUS, IV, 192, sur l'*actio furti prohibiti : actio quadrupli ex praetoris edicto... lex autem eo nomine nullam poenam constituit.*

([38]) Par ex. dans l'*in jus vocatio* (d'après les termes de la loi des XII tables rapportés par GELLIUS XX, 1 : *ni it, antestator),* « l'*antestatio*, sert à prouver que c'est légitimement et non *injuria*, que l'on use de violence » v. BETHMANN HOLLWEG, *l. c.*, p. 106 ; de même à propos du vol. (V. les termes de la loi des XII tables que rapporte CICÉRON, *pro Tullio* § 48 : *endoplorato* c'est-à-dire, comme l'ajoute Cicéron : *conclamato ut aliqui audiant et conveniant*). On trouve des dispositions analogues dans le droit

Nous divisons aujourd'hui l'idée de la justice privée, dans le sens le plus large, en trois idées secondaires : celle de la *défense privée* (défense contre les lésions imminentes), celle de la *vengeance* (revanche d'un mal qui nous a été causé), et celle de la *justice privée* dans le sens étroit (appropriation de la chose à laquelle nous croyons avoir droit). Nous passons sous silence, dans ce qui suit, le premier cas d'application de la force privée, parce qu'il ne contient rien de caractéristique pour l'ancien droit, mais nous examinerons :

1. La *vengeance* et son produit historique : la *peine privée* (§ 12). La lésion du droit contre laquelle elle réagit, est manifeste dans le délit, et dès lors la poursuite que l'on en fait de son autorité privée est justifiée d'après le principe posé plus haut.

2. La *justice privée* dans le sens étroit, notamment :
   a) La garantie de ses résultats au moyen du témoignage (§ 13).
   b) Les formes et l'étendue de son application dans l'ancien droit (§ 14).

Nous examinerons ensuite (§ 15) le cas où le droit était douteux, et où une décision judiciaire devenait nécessaire.

L'ordre que nous allons suivre mérite encore une observation. Si nous n'établissions pas, dès le principe, la distinction entre la vengeance et la justice privée, nous aurions peine à la retrouver dans l'ancien droit; bien plus, même en la connaissant, nous nous heurterions à de grandes difficultés pour l'expliquer. Y a-t-il justice privée ou vengeance, lorsque les créanciers mettent en pièces leur débiteur insolvable? Dans nos idées actuelles, le rapport du créancier avec son débiteur donnerait lieu à la justice privée, mais non à la vengeance. Celle-ci se rattache

ancien des peuples du nord et des Germains (par ex. VON BAR, *Beweisurtheil des Germanen Processes*, 1866, p. 98, note 143ª) et dans le droit russe ancien (EWERS, *Altruss. Rechte*, p. 147. 149).

exclusivement, pour nous, à la notion du délit. Or, il n'y a aucun délit dans le chef du débiteur qui, sans faute de sa part, est hors d'état de satisfaire son créancier. Qui hésiterait cependant, à voir dans cette procédure du créancier contre le débiteur, un acte de la plus cruelle vengeance ?

On voit, par cet exemple, que les idées que nous apportons dans l'étude de cette question, ne cadrent pas avec celles de l'ancien droit. Nous pouvons faire la même expérience en matière de défense privée. L'ancien droit autorise le propriétaire à tuer, sans autre forme de procès, le voleur nocturne, même lorsqu'il n'est pas armé et qu'il ne se met pas en défense. Est-ce là une simple défense privée? Assurément non ! C'est encore un acte de vengeance sanglante ([39]).

Suivons l'indication que nous fournissent ces deux cas : elle nous conduira dans une voie féconde en inductions pour la connaissance du droit. L'esprit de l'ancien droit est l'esprit de vengeance, de satisfaction pour toute espèce d'injustice soufferte, qu'elle soit intentionnelle ou coupable, ou même qu'elle ne soit ni l'un ni l'autre. Le sentiment juridique brutal voit dans toute contestation ou rétention du droit, une lésion personnelle, un délit. Il réclame par conséquent, non seulement la simple reconnaissance ou le redressement du droit, mais en outre une satisfaction personnelle : la punition de l'adversaire. La peine suit dans l'ancien droit toutes les lésions du droit; peu importe qu'elles soient purement objectives, c'est-à-dire que l'adversaire y soit subjectivement sans aucun reproche, que la conscience et l'intention d'une lésion du droit d'autrui fassent complètement défaut comme, par exemple, chez le possesseur de bonne foi de la chose d'autrui, qui succombe dans

([39]) C'est parce qu'ils ont perdu de vue le caractère particulier de l'ancien droit dont nous allons nous occuper, que plusieurs auteurs ont tenté de ranger forcément ce cas sous la notion de la défense privée.

la procédure revendicatoire, ou qu'elles renferment en même temps une injustice subjective. La peine frappe le débiteur qui ne sait point payer; elle frappe le *vindex* qui, dans la *legis actio per manus injectionem* conteste le fondement de l'action au lieu et place du débiteur; elle frappe celui qui succombe dans la procédure *per sacramentum*, par la perte du *sacramentum*. Jusque dans la procédure formulaire, il existe dans beaucoup de cas (par exemple, la *sponsio poenalis*, etc.), des peines encourues par le seul fait de succomber dans le procès. Le *fur manifestus* qui fait sciemment une entreprise sur la propriété d'autrui, est frappé de la peine du double. La même peine frappe le possesseur qui succombe dans la procédure revendicatoire et qui s'est approprié les fruits de la chose, tout comme s'il les avait volés, ainsi que le vendeur d'une chose évincée sur l'acheteur, tout comme s'il avait voulu soustraire frauduleusement au plaignant le prix de la vente.

Il est incontestable que la peine, dans tous ces cas, remplit en même temps l'office de dommages-intérêts (II, 113), mais il n'est pas moins certain qu'elle a en même temps le caractère d'une peine. Ces deux buts sont aussi peu distincts l'un de l'autre que les diverses espèces d'injustice, et la vengeance et la justice privée. Cette assimilation, précisément, caractérise la phase de développement de l'ancien droit. Grâce à cet étroitesse originaire du sentiment juridique qui se manifeste de la même manière chez les individus et chez les peuples, le sentiment juridique se confond avec le sentiment du droit *propre;* l'injustice n'est que ressentie dans ses effets, au lieu d'être appréciée dans sa cause. Que le coup ait été porté avec intention ou par mégarde, ou sans faute aucune, qu'importe à celui qui l'a reçu ? Il sent la douleur, et la douleur le pousse à la vengeance. Ce n'est que lorsque cette phase, où le sentiment juridique est limité au sentiment de la douleur, est passée, que ce sentiment acquiert dans sa juste mesure l'appréciation de l'injustice. Cette mesure est l'idée de la *faute*. Le degré de perfection d'un droit se détermine d'après l'exactitude avec laquelle

il assigne sa véritable valeur à l'élément de faute, dans les divers rapports juridiques. Quiconque voudra suivre l'histoire du droit dans cette voie, acquerra la conviction que le progrès consiste essentiellement dans une application de plus en plus perfectionnée et raffinée de l'échelle de la culpabilité. Tel est en effet le but suprême de la justice : mettre en balance, d'un côté les mérites, et de l'autre la faute, les peser exactement, et rétablir l'équilibre entre les mérites ou la faute d'une part, et la récompense ou la peine de l'autre ([40]).

Si nous appliquons cette mesure à l'ancien droit, nous devons reconnaître sa grande infériorité. La comparaison des diverses espèces d'injustice, ou ce qui revient au même, l'élément de faute, n'y est pas encore connu. La mesure d'après laquelle l'ancien droit apprécie l'injustice, est uniquement celle de la lésion et de l'irritation qu'elle a produite chez celui qui se sent lésé. Le voleur découvert après coup, en est quitte avec la peine du double ; le voleur pris sur le fait, perd la liberté ; s'il se défend, ou s'il vole pendant la nuit, on peut le tuer. Pourquoi cette différence, lorsque la culpabilité est, pour le reste, complètement la même ? C'est que l'un s'est heurté contre l'emportement et l'impétuosité du premier sentiment, tandis que l'autre profite de l'influence apaisante du temps, et de la joie du propriétaire de retrouver une chose qu'il avait déjà plus ou moins considérée comme perdue. Telle est aussi la source de la criante injustice de la peine du débiteur insolvable et du *fur nec manifestus*. Là, encore une fois, le propriétaire perd ce qui lui revient, tandis qu'ici il le retrouve avec avantage. En un mot c'est la voix du lésé seule qui dicte à l'ancien droit ses dispositions ; c'est la justice au point de vue unilatéral de celui qui a souffert une lésion de son droit.

([40]) J'ai développé cette idée dans mon écrit sur la faute dans le droit romain privé, dont une traduction française est sous presse.

On comprendra maintenant que la distinction entre la justice privée et la vengeance, que nous avons empruntée, plus haut, à notre science actuelle, ne s'adapte pas à l'ancien droit. Lorsque la pratique n'a pas encore consacré la distinction entre les notions de l'injustice purement objective (de l'injustice « sans préjugé », dans le langage de Hegel), et de l'injustice subjective, lorsque la réparation de l'injustice rencontre toujours une peine comme solution dernière, on ne peut s'attendre à trouver une distinction rigoureuse établie entre la justice privée, la vengeance et la défense privée. Toutes trois elles se rangent sous la notion générale de réaction violente contre une injustice causée, sous la notion de *vindicta*. Peu importe l'étendue de cette réaction. On n'examine pas si elle se borne à repousser l'attaque, ou à récupérer l'objet enlevé, ou si elle dépasse ces limites et réclame encore autre chose. La généralité et l'indétermination de l'expression *injuria* [41], employée par le droit ancien, se retrouvent dans l'expression *vindicta* [42]. La langue latine, et ceci est hautement caractéristique, n'a point d'expressions particulières, même à une époque postérieure, pour les divers buts et les directions diverses de la *vis* et de la *vindicta*: les juristes étaient obligés d'employer des périphrases.

Cela dit, l'ordre établi plus haut, dans lequel nous séparons l'une de l'autre, pour mieux les étudier, la vengeance et la jus-

---

[41] *Injuria : a*) dans le sens objectif, pour la revendication « *quando tu injuria vindicavisti*. Gaius, IV. 16; *b*) dans le sens subjectif, dans la loi des XII tables, au sujet de l'action pour injures : *si injuriam faxit actori*.

[42] Cicero, de inv. c. 53, § 161 : *Vindicatio defendendo aut ulciscendo. Vindicta, vindicare, vindicatio* ont dans la procédure revendicatoire, le sens de justice privée, *vindex* a dans la *legis actio per manus injectionem* le sens de défense privée. L'importance de ces expressions dans le sens de vengeance, peine, est connue. On retrouve dans le droit germanique la même confusion des notions de vengeance et de justice privée. Siegel, *l. c.*, p. 177, s.

tice privée, qui ne sont que deux tendances de la *vindicta*, ne courra plus le risque d'être faussement interprété.

2. *La vengeance et la naissance de la peine privée*

12. Parmi les espèces de la justice privée dans le sens large, la vengeance est celle qui disparaît la première de l'histoire. La justice privée dans le sens étroit, porte sa mesure et son but en elle-même : elle ne tend qu'à la simple réalisation du droit. Réglée dans ses conditions et dans ses formes, elle peut, comme l'enseigne l'histoire du droit antique de Rome et des autres droits, se concilier pendant longtemps avec l'existence d'une procédure organisée. La vengeance, au contraire, ne connaît d'autre mesure que le degré (purement accidentel et arbitraire) de surexcitation de l'individu lésé. Au lieu de briser la force de l'injustice, elle ne fait que la doubler, en ajoutant à l'injustice existante, une injustice nouvelle. Il est aisé de comprendre qu'elle doit bientôt céder devant la loi de l'ordre : aussi n'en rencontrons-nous plus que des traces isolées dans l'ancien droit romain, tandis que le système de la justice privée est encore en pleine floraison dans les temps historiques. Ces traces sont les suivantes (43) :

Si le mari qui surprend sur le fait le complice de l'adultère, le tue dans sa légitime colère, le droit postérieur lui-même lui assure l'impunité. La législation des XII tables permet aussi de tuer le voleur, lorsqu'il vole pendant la nuit, et même pendant le jour, lorsqu'il se met en défense. Dans tous les cas, le voleur pris en flagrant délit (*fur manifestus*), est adjugé par l'autorité au volé (44). Pour certaines lésions corporelles (*membrum ruptum*), la loi prononce la peine du talion.

(43) Rein, *Kriminalrecht der Römer*, p. 36, et s. a noté avec soin les auteurs à consulter sur ce point.

(44) On ne sait au juste si c'était à titre d'esclave ou comme *adjudicatus*, Gaius III, § 189.

Dans ces trois cas l'injustice du délinquant est flagrante. La loi ne fait que marquer du sceau de la justice ce que le lésé aurait fait immédiatement ou après coup, sous l'impression de l'injustice qu'il a subie ([45]). Il paraîtrait que les mœurs romaines aient eu une prédilection pour la forme de vengeance, par laquelle l'offensé s'emparait de la personne de son adversaire, et ne le relâchait qu'après rançon. Je tire cette conclusion de ce que le droit postérieur accorde expressément cette faculté dans plusieurs cas : par exemple, dans le cas mentionné plus haut, du *furtum manifestum*, puis contre le débiteur insolvable, et dans tous les délits commis par des esclaves ou des fils de famille. Si le père ou le patron de ces derniers ne préférait réparer le préjudice occasionné par eux, il devait les *noxæ dare,* c'est-à-dire les livrer à celui qui avait souffert le dommage, afin que celui-ci pût lui-même tirer satisfaction d'eux, ou s'indemniser au moyen de leurs services. On a émis la conjecture ([46]), et je m'y rallie, que « les actions noxales contenaient originairement, d'une manière » absolue, la demande en délivrance de la personne qui avait » causé le dommage, afin de pouvoir exercer sur elle la ven- » geance privée. » Nous trouvons dans les relations internationales la reconnaissance du même droit de délivrance. Le romain qui d'après les principes du droit international, avait offensé un peuple étranger, était abandonné à la vengeance de celui-ci ; par exemple, celui qui avait outragé l'ambassadeur étranger, ou le général d'armée qui avait conclu avec l'ennemi une *sponsio* que le peuple romain ou le Sénat désavouaient ([47]). La *deditio* se faisait : *ut populus religione solvatur,* afin que le peu-

([45]) Contrairement à l'opinion de ceux qui ne veulent voir dans le pouvoir de tuer le voleur qu'un cas de légitime défense (par ex. E. Platner. *Quaest. de jure crim. Rom.,* p. 69 s.) V. Seeger, *l. c.* 218-247.

([46]) Dirksen, *civ. Abhand.* T. I, p. 104.

([47]) Maurice Müller-Jochmus, *Geschichte des Völkerrechts im Alterthum,* § 71 et § 82.

ple lui-même fût lavé de toute faute, et dans les termes mêmes qui étaient en usage pour la *noxae deditio* du droit privé (*quandoque*... NOXAM NOCUERUNT... *ob eam rem hosce homines vobis* DEDO) (48). Dans le premier cas, il y a une *obligatio ex delicto* internationale, et dans le second une *obligatio ex contractu* (née de la *sponsio*), dont le non-accomplissement avait pour conséquence, même dans les relations du droit privé, la responsabilité et par suite l'asservissement du débiteur. Le motif allégué dans la *deditio : ut populus religione solvatur,* et la nature même des choses, nous portent à admettre le même principe pour les relations privées, à savoir : que celui qui tente de soustraire le délinquant ou le débiteur à l'action légitime de la justice privée du lésé ou du créancier, prend part à l'injustice, et se rend coupable d'une faute égale (49). Je trouve une autre conséquence de ce principe dans l'obligation que devait assumer le *vindex* dans la procédure romaine. Celui qui intervient comme *vindex libertatis* (50), c'est-à-dire celui qui veut délivrer, au moyen d'une action intentée contre le détenteur, l'individu qui se prétend injustement retenu en esclavage, doit déposer l'amende judiciaire imposée à la partie succombante *(sacramentum)*; et celui qui, en la même qualité, prend le parti du débiteur attaqué, assume par cela même la dette de ce dernier. S'il succombe, il doit à titre de pénalité, pour avoir contesté la légitimité de la justice privée du créancier, payer le montant de la dette (51),

(48) TITE-LIVE, IX, c. 10.

(49) Plus tard il y eut contre lui des actions spéciales. V. par ex. les titres : *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat*, (2.7), notamment la L. 5, § 1 et L. 6, *(is qui debitorem vi exemit, si solverit, reum non liberat, quia poenam suam solvit)*, et le titre : *De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat*. (2.10).

(50) FEST., *vindex, qui vindicat, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur*.

(51) Il en était encore de même lorsqu'au lieu du *vindex*, le débiteur actionné osait soutenir lui-même le procès. Comme il était en quelque sorte

sans que le débiteur lui-même soit pour ce motif libéré de son obligation. Si même dans le système de la procédure organisée, le *vindex* s'exposait encore à une peine pareille pour son opposition mal fondée contre une justice privée légitime, à bien plus forte raison devait valoir à l'époque de la justice privée, le principe que quiconque s'opposait à la vengeance de l'offensé contre le coupable, partageait la culpabilité de ce dernier. Si quelqu'un, à raison d'un délit public, était envoyé en exil, il était expressément défendu à tous, de venir à son secours; quiconque lui portait aide prenait part à sa faute. Il en était exactement de même de celui qui cherchait à arracher le débiteur ou le coupable privé au sort qui l'attendait.

Rien n'entravait donc la vengeance du lésé. Avait-il le droit de la pousser jusqu'aux plus extrêmes limites pour les plus petits délits? ou bien les mœurs lui avaient-elles assigné des bornes plus ou moins étroites d'après la diversité des cas? C'est ce que nous ne saurions préciser. Les XII tables autorisent la peine du talion pour les lésions corporelles; le débiteur et le voleur sont privés de la liberté; en cas de concours de créanciers, le débiteur peut même être coupé en morceaux [52]. Dans bien des cas cependant le rachat venait écarter l'exercice effectif de la vengeance. La peine privée *(poena)* [53] de l'époque posté-

son propre *vindex*, il devait lui-même, s'il succombait, payer le *duplum*. De même encore il ne pouvait point réclamer le *simplum* payé par *erreur*. Si pareille réclamation avait été possible, on aurait toujours pu échapper à la peine du double dans la *manus injectio*, il eût suffi pour cela de payer, et d'attaquer ensuite ce paiement, tandis que sans ce paiement la contestation de la demande n'était possible qu'au moyen d'un *vindex*, et avec le *periculum dupli*. Telle est la raison pour laquelle la *condictio indebiti* n'était pas admise dans les cas « *ubi lis infitiando crescit in duplum.* »

[52] Vouloir éluder par un artifice quelconque les termes : *in partes secare* de la loi des XII tables, c'est montrer une incapacité absolue de se rendre compte de l'esprit de l'ancien droit.

[53] D'autres auteurs (V. par ex. Rein, *Das Kriminalrecht der Römer,*

rieure n'est autre chose que la fixation de cette rançon ([54]). Lorsque la fortune est placée si haut dans l'estime du peuple, que sa lésion entraîne pour le voleur la perte de la liberté, et pour le banqueroutier la perte de la vie, lorsque, en partant de considérations pécuniaires, on en arrive à comminer les peines les plus graves, il est bien permis aussi d'intervertir les rôles, et de convertir une peine encourue en paiement d'une somme d'argent. Le lésé renonçait à exiger la peine du talion, moyennant le paiement d'une composition considérable; sa soif de vengeance était tout aussi bien apaisée lorsque son adversaire était obligé de lui abandonner ce qu'il avait de plus précieux au monde, que s'il lui avait infligé quelques blessures graves. A notre époque actuelle, quelque cupide et avare qu'elle puisse être, le lien de la propriété avec la personnalité est cependant infiniment plus lâche, qu'il ne l'est d'habitude dans les phases primitives de la civilisation ([55]). La valeur qu'un individu ou toute une époque, attache d'habitude à la fortune, se détermine par l'expérience, et d'après les difficultés de l'acquisition. Ce qu'un individu a acquis au prix de son corps et de sa vie, ou

p. 284 et RUBINO, *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*, T. I, p. 460), ont déjà fait remarquer que *poena*, de même que le mot grec ποίνη a originairement le sens de rançon; de là des expressions comme *poenas dare, solvere, pendere, petere, exigere, sumere, capere*, qui toutes indiquent l'hypothèse, non de l'application d'une peine, mais du paiement d'une composition.

([54]) D'autres auteurs sont arrivés à la même conclusion. Par exemple KÖSTLIN, *Die Lehre vom Mord und Todtschlag*, p. 29 et s. qui a réuni tous les cas parvenus jusqu'à nous, de peines privées de l'ancien droit. A la littérature déjà si riche sur l'origine de la composition dans la vengeance privée, indiquée par GEIB, *Lehrbuch des deutschen strafrechts*, T. I. Tubingen 1861, p. 2, il faut ajouter NIC. VON TORNAUW, *Das moslemitische Recht*, p. 239.

([55]) Nous chercherons à dépeindre, dans le second système, cette appréciation des Romains, et sa profonde influence sur le droit.

à la sueur de son front, semble devenir une partie de lui-même. Quiconque entame cette propriété, doit payer; s'il ne peut restituer, son propre corps répond de ce qu'il a enlevé. A ce point de vue, il n'est pas plus étonnant de voir poursuivre contre *la personne* la satisfaction à raison d'une *lésion pécuniaire*, que de voir la *fortune* de l'adversaire payer la peine d'une *lésion personnelle*. A la place de l'argent, les membres du corps (*in partes secare*), à la place des membres du corps, l'argent!

A celui qui ne pouvait fournir lui-même l'amende ou la rançon, restait encore l'espoir de voir ses parents ou amis lui venir en aide. Cet espoir devait rarement être déçu, à moins que grâce à sa légèreté il ne se fût rendu indigne de ce secours. La loi elle-même tenait compte de cette chance de salut, dans la procédure contre les débiteurs insolvables; c'était encore la base d'une institution particulière de la procédure antique. La loi des XII tables prescrivait que le débiteur emprisonné par ses créanciers serait publiquement exposé en vente, pendant trois jours de marché, pour voir s'il ne se présenterait personne pour le racheter. L'histoire de M. Manlius, au IVe siècle, nous apprend qu'il sauva de cette manière quatre cents débiteurs des mains de leurs créanciers [56]. Si le lésé n'élevait pas ses prétentions trop haut, le père préférait payer, plutôt que de consentir à la *noxae deditio* de ses enfants; lorsque l'auteur du dommage possédait lui-même quelque fortune, il aimait mieux en sacrifier une partie, que de se livrer à la vengeance de son adversaire. Si les moyens du débiteur fautif ne suffisaient point, et s'il ne s'était pas rendu indigne du secours de ses parents, ceux-ci pouvaient lui avancer ce qui manquait. Si le lésé mourait, ses parents succédaient à sa vengeance [57]. Nous ne déciderons point la question de savoir si eux aussi pouvaient se laisser racheter la vengeance

[56] TITE LIVE, VI, 20.

[57] C'est là une conséquence du principe de famille, que nous retrouverons au § 17.

qu'ils devaient au défunt. Un pareil rachat aurait garanti l'auteur de la lésion contre la *vindicta publica*, dont nous parlerons plus loin.

Le montant de la composition, point n'est besoin de le dire, variait suivant les cas. La fortune des deux parties, leur position, leur rapports antérieurs, l'ardeur de la soif de vengeance d'un côté, le degré d'opiniâtreté de l'autre, l'intercession de personnes amies, une foule d'autres considérations, devaient exercer sur ce point une influence déterminante. Le lésé pouvait, il est vrai, exagérer outre mesure ses prétentions, comme le pouvait, dans la procédure romaine, celui qui devait déterminer la *litis aestimatio* au moyen d'un *juramentum in litem;* mais son propre intérêt lui commandait de ne pas rendre le rachat impossible à son adversaire ([58]). L'opinion publique et les usages exerçaient aussi leur influence dans ces cas. Si, comme on peut l'admettre, les usages avaient établi au moins quelques données générales pour la fixation de la composition, par exemple selon la diversité des délits, le quadruple, le double du dommage, ou un certain nombre de bœufs et de moutons, etc., nul n'aurait osé s'écarter trop, dans ses prétentions, de ces données, de crainte d'exciter l'opinion publique contre sa personne. Nous devons

([58]) Supposons, par ex. qu'il réclamât du débiteur qui lui avait été adjugé, le double de la valeur de celui-ci comme esclave, le double par conséquent de ce qu'il pouvait retirer de la vente qu'il était obligé de faire *trans Tiberim*. Si le débiteur était vieux et faible, cette vente devait rapporter peu. La loi des XII tables avait une sage disposition par laquelle elle déterminait, et fixait même dans des limites très étroites (60 jours), le temps pendant lequel le créancier pouvait garder le débiteur chez lui. Le créancier était ainsi empêché d'exténuer son débiteur par des tourments prolongés, et le débiteur lui-même, d'un autre côté, était obligé de prendre une résolution pendant ces 60 jours. Ce dernier pouvait, pendant ce temps, parvenir à réunir une rançon équitable, et si le créancier refusait jusqu'à l'expiration du délai de la recevoir, il était obligé de procéder à la vente qui pouvait lui rapporter une somme beaucoup moindre.

ici nous représenter à l'esprit une espèce de marché, où les deux parties débattaient leurs prétentions respectives jusqu'à ce qu'elles fussent tombées d'accord (59). L'expression usitée pour cette négociation était *pacere* (60), *pacisci, depecisci;* l'accord lui-même s'appelait *pactum.* La signification originaire de *pactum* n'est donc point celle d'une *convention*, mais celle de *pax* paix, c'est-à-dire, l'apaisement des hostilités : l'*accord* met fin à la *discorde* (61).

Il était donc de l'intérêt des deux parties, que l'exercice de la vengeance privée pût, en règle générale, se terminer par le rachat, et les précédents pouvant les guider dans la fixation du montant de la composition, dans chaque cas particulier, devaient assurément être nombreux. Dans l'origine, pour une foule de délits, la composition était entièrement abandonnée aux parties. Plus tard l'autorité s'en chargea elle-même ; au lieu de prononcer la peine du talion, lorsque l'une partie réclamait trop, tandis que l'autre offrait trop peu, le juge fixait lui-même le montant de la composition. Telle se présente la peine privée du droit romain. Ainsi que nous venons de le voir, les usages guidaient le juge dans cette mission. L'établissement d'un tarif fixe des compositions, conforme à leurs indications, tarif que l'on

(59) Ici intervenait, dans l'ancien droit scandinave l'office du médiateur choisi par les deux parties pour déterminer le montant de la composition (*arbiter* dans le sens romain primitif). WILDA, *Strafrecht der Germanen,* p. 20.

(60) La racine sanscrite est *pac* (lier), de là le mot sanscrit *paca* (corde). POTT, *l. c.* T. I, p. 267.

(61) *Pactum* et *accord* ou convention indiquent ainsi dans leur origine la même idée, celle de *s'accorder, pacem condere.* Il ne faut jamais perdre de vue pour le droit romain, cette conception originaire de *pactum,* qui suppose un *rapport juridique préexistant,* et le *désistement* d'un droit rigoureusement *fondé.* Si on ne l'avait jamais perdue de vue, la fausse théorie de l'*obligatio naturalis* résultant d'un *pactum,* dans le droit romain nouveau, aurait eu plus de peine à s'établir.

rencontre dans tant de législations, n'est qu'un premier pas en avant vers le perfectionnement de cette procédure. La loi des XII tables elle-même prescrit déjà des sommes fixes pour certains délits, par exemple pour les injures et pour quelques espèces de vols; pour d'autres faits, au contraire, nous ne les rencontrons que dans l'édit du Préteur, par exemple pour le *furtum manifestum*. Enfin, il y avait sans doute de bonnes raisons de renoncer pour certains délits à la fixation légale de la composition, afin de donner plus de latitude au juge, et de lui permettre de modérer ou d'élever le taux de la condamnation d'après la diversité des espèces concrètes. C'est la voie qui semble avoir été suivie en cas de lésions corporelles *(membrum ruptum)*. Plus tard on l'adopta même pour les injures, l'expérience ayant condamné, pour elles, le système des compositions *fixes*.

A l'époque de la loi des XII tables, le système des peines privées était donc encore en voie de formation. L'antique droit à la vengeance du lésé est encore expressément reconnu pour quelques délits, bien qu'il soit subordonné, quant à son exercice, à l'autorisation du magistrat. (Peine du talion pour le *membrum ruptum*, addiction pour le *furtum manifestum)*. Pour d'autres délits au contraire, l'amende fixe est déjà substituée à la vengeance. Nous n'avons point il est vrai, pour ces derniers cas, de témoignages exprès de l'existence antérieure de la vengeance privée, mais nous pouvons encore reconnaître la succession réelle des choses pour le *furtum manifestum* et le *membrum ruptum*, et elle nous fournit une précieuse indication pour tout le système des peines privées. On voit, il est vrai, luire dans la loi des XII tables, pour ces deux cas, l'expectative d'une entente *(pacisci)*, toujours possible (62), mais elle n'en

(62) Elle dispose expressément, quant au talion : *Ni cum eo pacit, talio esto*, et nous savons, sans cependant connaître au juste les termes, que pour le *furtum* la loi des XII tables mentionnait le *pacisci*. L. 7, § 14, de pact. (2,14).

laisse pas moins subsister, comme derniers moyens, le talion et l'addiction. Dans la pratique postérieure au contraire, il n'est plus question de l'application de ce moyen extrême (63). Le juge condamne à la composition, même contre le gré des parties. Voici comment la chose se pratiquait d'après le témoignage de GELLIUS (64) : le juge condamnait à la peine du talion, et lorsque le défendeur *qui depecisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, aestimata lite judex hominem pecuniae damnabat.* Il est bien vrai que ce procédé par lequel le juge allouait d'abord l'objet proprement dit de la demande, et ensuite son prix d'estimation, est inconnu au droit postérieur; mais nous savons, par d'autres témoignages, qu'il était en usage dans l'origine (65).

Les peines privées du droit romain apparaissent d'après ce qui précède, comme des amendes fixées par la loi ou par la coutume, au moyen desquelles on *pouvait* et *devait* racheter la vengeance privée en usage dans l'origine. Cette considération explique pourquoi les actions pénales du droit nouveau, par exemple l'*actio legis Aquiliæ* pour la détérioration ou la destruction des choses, ne peuvent pas être dirigées contre les héritiers de l'auteur; même en tant qu'elles ont pour objet la simple réparation du dommage. Il nous paraît étrange, à nous, que la réparation d'un dommage puisse être représentée comme une peine; notre droit actuel s'est écarté sur ce point du droit romain (66). Cette singularité s'explique de la manière la plus

(63) On peut remarquer dans le droit allemand la même gradation du talion à la réparation du dommage. V. STOBBE, *sur Geschichte des deutschen Vertragsrechts*, p. 87.

(64) GELLIUS, XX, 1.

(65) GAIUS, IV, § 48 : *non ipsam rem condemnat, sicut olim fieri solebat.* L'idée du pacte (*pacisci*) n'est pas exclue par la contrainte judiciaire, car il y a aussi une entente forcée L. 6, § 3 de *his qui not.* (3.2.) : *qui* JUSSU *praetoris pretio dato* PACTUS EST.

(66) Le droit anglais a suivi la même voie, RÜTTIMANN, *Der engl. Civilpr.* p. 25.

satisfaisante par les considérations que nous venons d'exposer. La détérioration des choses d'autrui constitue un délit qui appelle la vengeance privée du propriétaire. Mais la vengeance s'éteint avec la mort de l'auteur, car l'héritier de celui-ci recueille bien son patrimoine, et avec le patrimoine les dettes, mais il n'hérite point de ses inimitiés et de ses querelles. Or la peine se paie pour échapper à l'inimitié. C'est donc l'auteur seul, et non son héritier, qui doit la payer. La suite naturelle du délit n'est pas l'obligation de réparer le dommage, mais la vengeance privée. Celle-ci se convertit en définitive en une simple réparation du dommage, car, outre la chose, la personnalité du propriétaire est également lésée, et la peine ou la composition qu'exige ce dernier a pour destination d'être un succédané de la vengeance, et de donner satisfaction à la soif de vengeance (67). Le droit romain n'est pas allé au delà de cette tendance *personnelle* du délit; il a laissé le côté *réel* dans l'ombre (68).

---

(67) De là encore la brièveté du délai fixé pour les actions pénales, « les » longues hésitations ne peuvent se concilier avec la vengeance, cette » manifestation de la conscience juridique individuelle. La vengeance doit » s'exercer à l'instant même. » (Demelius, *Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht,* I, p. 23). V. pour les dispositions analogues du droit des peuples du Nord. Wilda, *l. c.,* p. 165.

(68) Si l'héritier de l'auteur doit restituer ce que le délit a fait entrer dans le patrimoine de son auteur, et passer ainsi jusqu'à lui, il n'y a là qu'une conséquence du principe des condictions. Il est incontestable, au contraire, ainsi que nous le soutenons plus haut, que le droit romain a négligé, en ce qui concerne le délit, et la nécessité qu'il entraîne d'une satisfaction personnelle et morale, le point de vue de la réparation du dommage, c'est-à-dire de la satisfaction pécuniaire et réelle. On comprendra qu'il y a ici une différence fondamentale entre la conception du droit romain ancien et celle du droit moderne, et que sous ce rapport, ce dernier réalise un progrès important. Le rapport de cette particularité avec le système de la vengeance privée n'est ici qu'effleuré, et il n'explique la vengeance privée que d'un seul côté. Nous l'examinerons sous un autre rapport dans le deuxième système, à l'occasion de notre étude sur le fondement obligatoire des obligations romaines.

4. *La procédure testimoniale.* — Importance des témoins pour le succès de la justice privée... Hypothèses sur la destination originaire des témoins (*testis* = aide) — le *testamentum in comitiis calatis.*

13. Il était de la plus haute importance pour le succès de la justice privée que la prétention au sujet de laquelle elle s'exerçait, fût incontestable. Cette condition se réalisait sans peine pour toutes prétentions fondées sur des actes juridiques. Il n'y avait qu'à faire intervenir, lors de la conclusion de ces actes, un nombre suffisant de témoins. La forme solennelle employée à cet effet, s'appelait *mancipatio,* lorsqu'il s'agissait de constituer la propriété ou d'autres droits absolus, ou *nexum,* lorsqu'il s'agissait de créer des obligations strictes. Dans le premier cas, l'acte était revêtu de la forme d'une vente apparente (V. pour le surplus, T. III, p. 211 ss.), dans le second de la forme apparente d'un prêt. Dans les deux cas se faisait un paiement simulé, dans la forme originaire du pesage par le *libripens ;* dans les deux cas, l'assistance de cinq témoins était requise. La forme qui est parvenue jusqu'à nous, appartient évidemment à une époque postérieure, car le *libripens* marque une époque où le métal était déjà devenu l'instrument *universel* des échanges (69). Il est, d'autre part, très probable, que l'adjonction des cinq

(69) V. III, p. 222 un autre motif. L'argent *pecu-nia* est d'après l'étymologie, et en réalité, dérivé de *pecus*, l'objet de valeur mobilier originaire : ce fut le succédané du bétail qui était le plus ancien instrument d'échanges à Rome. A une époque relativement récente, les amendes consistaient encore en bétail, de là *peculatus :* vol du bétail public. A côté du bétail, on trouve les grains, *stips*, de là *stipendium (stipem dare)* la solde. *Aes* ainsi que ses dérivés *aerarium, aestimare* (réduire en airain, c'est-à-dire, estimer de même que l'*aes militare* (la solde en blé réduite en argent), *equestre, hordearium* se rapportent à une époque relativement plus récente. Les prestations en nature sont partout les premiers instruments des transactions, et l'échange est plus ancien que la vente.

témoins n'a pris naissance qu'après la constitution de Servius (70), comme représentants des cinq classes des censitaires. Quelle qu'ait été du reste la forme la plus antique de la *mancipatio*, il est certain que l'adjonction de témoins existait déjà dans le système de la justice privée. A cette époque de la formation du droit, l'office des témoins était bien plus essentiel et plus indispensable que dans les phases subséquentes.

Lorsque l'intéressé devait recourir à la justice privée du chef d'un droit acquis devant témoins, c'était à ceux-ci qu'il devait tout d'abord demander le concours moral de leur coopération de fait, et il semble qu'ils aient été obligés de le lui accorder. Dans le droit postérieur, où l'intervention des témoins a été réduite jusqu'à n'être plus qu'une simple déposition, la loi des XII tables, dit : *qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium* FARIATUR, *improbus intestàbilisque esto* (71). Dans le système de la justice privée on aurait réputé *improbus* et *intestabilis*, le témoin qui aurait refusé ce concours *de fait* à l'exécution de l'affaire. Nous allons établir que c'est bien cette espèce de coopération éventuelle qui était attendue et exigée des témoins. Il est utile cependant, de rappeler ici l'observation faite plus haut, qu'il est certain que les cas dans lesquels il fallait en venir aux voies de fait effectives étaient les plus rares,

(70) On rencontre du reste encore les cinq témoins ailleurs, par ex., dans l'exposition de l'enfant difforme. DENYS D'HAL. II, 15.

(71) GELLIUS, XV, 13, 11. Le reproche d'*intestabilité* marquait le dernier degré de la déloyauté et du déshonneur, l'*intestabilis* était mort pour les relations. GELL, VII, 18. *Adeo intestabiles invisosque fuisse, ut taedium vitae ceperint necemque sibi consciverint.* Le témoin *accidentel* n'a aucune obligation, il peut refuser son témoignage, mais le témoin *assumé* est une personne de confiance : *alligatus* (ISIDORI ORIG., V, 23, *testes quos quisque sibi alligat, ne cui sit postea liberum aut dissimulare aut subtrahere se, unde et* ALLIGATI *appellantur*), et il commet, en refusant son témoignage, le plus outrageant abus de confiance.

parce que le poids moral et physique que donnait aux prétentions de l'intéressé l'assistance des témoins, étouffait dans leur germe d'inutiles tentatives de résistance.

Nous avons à prouver la proposition suivante : le témoin assumé des temps antiques assurait d'avance son concours à la partie intéressée, ou pour le dire en un mot, *testis* équivalait à *garant* (72).

A l'époque où la partie *réalise* elle-même son droit, la position et la mission du témoin assumé est nécessairement toute autre qu'à celle où le juge est chargé de cette réalisation. Dans ce dernier cas, de même que dans celui où le témoin n'a été présent à l'acte que d'une manière toute accidentelle, sans avoir été requis dans ce but, il peut se borner à *déposer* de ce qu'il a vu. Il ne s'agit alors que de ce qu'il *sait*, et c'est très justement que le droit germanique désigne le témoin comme *celui qui sait* (73). Il en est tout autrement, au contraire, lorsqu'au lieu de déposer et de se plaindre, il faut agir. Dans ce cas, le témoin assumé ne répondrait pas à la confiance qu'on lui a accordée s'il se bornait à déposer ; la vérité dont il doit témoigner gît dans la force des bras. Le *vrai (wahr)* est d'après l'étymologie de la langue latine aussi bien que de la langue allemande, ce qui est

(72) Les assises du droit anglais nous offrent un parallèle intéressant : les témoins y deviennent des juges (GUNDERMANN, note 26) ; ce qui prouve combien la distance entre la simple attestation du droit et la coopération à sa réalisation est facilement franchie selon les circonstances. V. aussi le rapport qui existait dans l'ancien droit allemand entre la caution et les témoins (STOBBE dans la Revue D'JHERING, t. XII, p. 150).

(73) Dans le dialecte haut-allemand ancien : *gewiso* (celui qui sait), *kiwisida, giwisnessi, gewisscaf* (témoignage) ; en anglo-saxon : *gevita*, en scandinave : *vitus* (témoignage). Le gothique *veitvôds* (témoin) a aussi de l'analogie avec *vitam* (savoir). GRIMM fait dériver le mot *gesiuge, siuc*, etc. (témoin) de l'ancien dialecte haut-allemand moyen, et le bas-allemand *getüge*, de *siehen*, attirer, *assumer*.

éprouvé ou confirmé (bewährt) ce qui est garanti (gewahrt) ([74]): la vérité est ce dont on répond. Si telle est la notion originaire de la vérité, le témoin a pour premier devoir de *confirmer* la vérité ([75]). Ce serait lâcheté de sa part de ne pas suivre celui qui prend à partie l'adversaire pour lui réclamer son droit, ce serait lâcheté de l'abandonner lorsqu'il rencontre une résistance. C'est précisément dans le but de contribuer à réaliser le droit fondé sous ses yeux, que la partie l'a assumé; et ne pouvant faire valoir ce droit qu'avec l'assistance de tiers, de qui est-elle plus légitimement en droit d'attendre ce secours, si ce n'est de l'homme qui, mieux qu'aucun autre, est convaincu de son droit? *Testis*, d'après l'étymologie, veut dire assistant ([76]).

C'est ainsi que nous voyons dans le combat simulé de la *reivindicatio*, les parties accompagnées de part et d'autre de leurs seconds *(superstites)*. Si la présence des témoins parut nécessaire dans un combat simulé, il faut que leur concours ait été également nécessaire dans l'exercice effectif de la justice privée. Témoins de l'affaire même qui donnait ouverture à l'action de la justice privée, ce leur était un devoir impérieux de seconder les parties. Aussi les tenants des deux parties apparaissent-ils dès l'origine du procès; aussitôt que le litige est engagé, ils sont appelés comme témoins *(contestari*, de là le

([74]) *Wahr* (en allemand) et *verus* dérivent l'un et l'autre de la racine sanscrite *wri* (couvrir, défendre), de là aussi le gothique *varjan* (défendre), le polonais *wara*, *wiera*, le lithuanien *wer-tas;* ce qui est défendu, garanti, confirmé est vrai. V. POTT, *l. c.*, t. I, p. 223.

([75]) Aussi le devoir imposé anciennement aux témoins dans le *testamentum per aes et libram*, n'est pas : *fari*, mais *testimonium* PERHIBERE.

([76]) Dans la première édition j'ai cherché à justifier l'étymologie de *testis* par le mot *tegere*, mais cette étymologie n'est pas soutenable, et je préfère adopter celle de BOPP, que LANGE y a opposée dans son compte rendu de ce volume (note 6, p. 43); d'après cette étymologie, *testis* est un redoublement de *stá*. *Testis* est donc l'*assistant*, comme les *superstites*. *Antistes* s'explique de la même manière.

nom de cet acte : *litis contestatio).* Pourquoi cela ? Il ne fallait pas, en effet, de témoins privés pour un acte qui s'accomplissait devant le Préteur *(in jure),* sinon on aurait dû appeler et assumer des témoins pour tout autre acte devant le Préteur, par exemple dans la *confessio in jure,* dans l'*in jure cessio,* etc., ce dont il n'est question nulle part. C'est que ces témoins sont les anciens *assistants* de la justice privée, qui accompagnent maintenant les parties devant le Préteur.

Le témoin du droit antique, dont la présence s'est conservée si longtemps dans la *mancipatio,* et lui a survécu même dans la forme du testament du droit romain le plus nouveau, est un *témoin solennel.* Son intervention est une condition de forme de l'acte lui-même. Le témoin participe à cet acte, il en est un coauteur; il doit, comme tel, être appelé à y prendre part, et avoir déclaré vouloir consentir à cette participation. Celui au au contraire, qui n'a été que présent à l'acte, sans y avoir été appelé, n'est pas un témoin solennel, bien qu'il soit en mesure d'en rendre le témoignage le plus digne de foi. Il en est de même des personnes du sexe féminin. Elles méritent bien créance, mais ce qui leur fait défaut, c'est la force physique de l'homme, au moyen de laquelle il *confirme* au besoin ses paroles. Ce défaut de force les rend inaptes à prester leur témoignage, comme il les exclut de la tutelle, qui exigeait aussi, dans les temps les plus antiques, la force physique, comme qualité de celui qui l'exerçait. Dans le témoignage solennel, il importe peu d'être digne de foi; aussi les intéressés peuvent-ils assumer leurs propres parents comme témoins, et dans le droit nouveau, même le testament, par exemple, est valable lorsque les témoins assumés sont tous frères de l'héritier institué (77). Toutes ces proposi-

(77) L'exactitude de ce que nous venons de dire a été contestée dans un écrit récent. Si le critique avait réfléchi à la différence qui existe entre les *parents*, (et je ne m'occupe que d'eux seuls ici), et les personnes soumises à la *patria potestas*, il aurait pu se dispenser de ses remarques.

tions ne concordent point avec l'idée que la valeur du témoin réside dans *ce qu'il sait*. Elles s'expliquent lorsqu'on se place à notre point de vue, que le témoin du droit antique était obligé de garantir l'acte auquel il avait pris part.

Le cas du *testamentum in comitiis calatis* vient d'une manière précieuse confirmer l'hypothèse que nous venons de développer. La question de savoir si dans cette espèce de testament le peuple votait, ou s'il ne faisait que remplir l'office de témoin fait l'objet d'une vive discussion (78). A l'appui de cette dernière opinion on peut se prévaloir des expressions *testari, testamentum*, etc. (79), en supposant que ces expressions sont basées sur la notion du témoignage ordinaire. Mais à mon avis il faut retourner l'argument et dire : *testis, testari*, etc., ont eu dans les temps anciens une signification autre, car il est inadmissible que le peuple romain tout entier ait joué le rôle d'un témoin ordinaire dans la confection d'un testament. Où était la nécessité d'appeler

(78) Les partisans de la 1re opinion deviennent de plus en plus nombreux, et récemment encore, elle a obtenu l'autorité imposante de Th. Mommsen, *Röm. Geschichte*, t. I, p. 156 (4e édit.), qui désigne fort exactement ce testament comme une dispense de l'ordre légal de succession. Les adversaires de cette opinion semblent ne pas avoir compris le poids des raisons sur lesquelles elle se fonde. Celles qu'ils invoquent à leur tour pour justifier la leur, sont des plus superficielles et des plus faibles : le dernier défenseur qu'elles ont rencontré (L. Lange, *Röm. Alterthümer*, t. I, 2e édit.), n'a pas été plus heureux. Becker, *Handbuch der röm. Alterth.*, II, p. 369, se contredit lui-même, en rejetant d'un côté le droit de décision du peuple, et en pensant d'un autre côté, que « l'on a voulu » par la publicité prévenir toute espèce de contestation qui aurait pu » surgir après la mort du testateur, au lieu de se produire dans la réunion » même du peuple — ! » C'est bien là reconnaître implicitement que dans le cas d'une contestation pareille, le peuple aurait pu refuser son approbation.

(79) Par ex. Dernburg (l'ancien), *Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente*, p. 16 et s.

le peuple tout entier comme témoin dans le but unique de constater un fait? En vérité on ne comprend pas que ce peuple pratique eût usé d'un procédé aussi incommode et aussi fatigant pour le testateur que pour le peuple, et cela pour atteindre un but auquel on pouvait parvenir de la manière la plus simple, grâce au concours de quelques témoins. Ces comices ne se célébraient que deux fois par an, on pouvait appeler d'autres témoins en cas d'urgence ou lorsque le hasard amenait la conclusion d'une affaire. Pourquoi faire attendre un simple témoignage pendant toute une année?

Mais non : le peuple avait autre chose à donner qu'un simple témoignage, son intervention ne se bornait pas à écouter; il devait voter. Le testament était approuvé par une *lex*, de même que l'*arrogatio*, avec laquelle il a tant de similitude, et pour laquelle cette formalité est expressement requise (80). L'idée que le testament est une *lex*, s'est conservée, même dans le droit postérieur, sous beaucoup de rapports. On adresse aux témoins testamentaires, comme au peuple assemblé pour faire les lois, une *rogatio*. L'acte du testateur s'appelle *legare* (81), ses dispositions doivent être conçues dans une forme impérative, et dans ses effets matériels, comme nous le prouverons dans le second système, le testament dépasse de beaucoup la force des actes privés, et revêt une autorité que l'on ne rencontre que dans les lois ou dans les décrets du peuple (82). Au point de vue du droit

(80) Gell., V. 19, *per populi rogationem;* il indique les formules de la *rogatio*.

(81) Par ex. dans la célèbre disposition de la loi des XII tables : *uti legassit de pecunia tutelave suae rei : legare* veut dire ici *legem ferre*. La signification de cette expression devient plus tard plus étroite, comme on le sait.

(82) J'appelle ici l'attention sur deux points, à titre d'exemples. Le légataire acquiert la propriété de la chose léguée *ipso jure*, sans appréhension

ancien, nous aboutissons de deux différents côtés à cette conclusion, que la confirmation du testament par une décision du peuple, est une conséquence de ce droit. D'abord, sous le rapport du principe de famille, c'est une mesure de sûreté réclamée par l'intérêt des *gentes* contre l'arbitraire des dispositions de dernière volonté, — nous ne pourrons aborder ce point qu'au § 17 — ensuite, au point de vue du principe subjectif dont il s'agit ici, c'est une mesure réclamée par l'intérêt propre du testateur lui-même. Si jamais un acte dut être placé sous la garantie du peuple tout entier, plutôt que sous celle de simples témoins privés, ce fut bien le testament. Plus que tout autre acte, en effet, le testament portait atteinte à une foule d'intérêts; intérêts non-seulement de simples particuliers, mais de *gentes* toutes entières. Il était exposé à rencontrer une opposition, sans comparaison plus puissante que n'importe quel autre acte quelconque. En outre, le testament contient cette particularité unique, qu'il ne s'exécute qu'après la mort de celui qui a disposé, qu'il n'exprime ainsi que la volonté *passée* de celui qui *maintenant* est sans volonté. La volonté y revendique une force obligatoire qui dépasse les limites de son action naturelle. Quelque naturelle que nous la jugions aujourd'hui et que les Romains eux-mêmes l'ont jugée plus tard, la liberté de tester ne leur semblait rien moins que naturelle. Bien des peuples n'ont jamais pu s'élever jusqu'à cette idée, et en sont toujours restés, au fond, à la succession ab intestat. L'entendement juridique des anciens Romains aurait-il été organisé d'une façon si anormale, qu'ils auraient à priori trouvé naturel ce que ces peuples n'ont jamais pu comprendre? Non, l'idée dont nous

de possession, ce qui n'arrive jamais que pour les concessions faites par le peuple ou par ses mandataires. En outre, tout acte juridique de l'ancien droit produit ses effets sur le champ; le testament, au contraire, dispose comme une loi sur des rapports de droit futurs, IV. 167, § 63.

nous occupons en ce moment, l'influence de la force physique dans le droit, rend plus que vraisemblable que les Romains, eux aussi, ont considéré l'extension de la volonté subjective au-delà de l'existence de la personne, comme un principe exorbitant et étranger au droit subjectif. La conséquence rigoureuse du principe de la famille romaine créait cependant la nécessité des dispositions de dernière volonté, et imposait le testament aux Romains, — ainsi que nous le verrons au § 17. — Il était dès lors tout simple d'empêcher les contestations au sujet de la validité d'un acte de dernière volonté manifesté seulement devant de simples garants privés, en plaçant cet acte sous la garantie du peuple, c'est-à-dire en édictant une *loi* pour la confirmer. Comme dans toute autre délibération, on faisait une *rogatio* au peuple, et celui-ci étant appelé à voter, il s'ensuit qu'il pouvait aussi bien refuser, qu'accorder cette confirmation. Le testateur obtenait de cette manière une sûreté d'exécution ultérieure de sa volonté, que l'appel du plus grand nombre possible de témoins n'aurait jamais pu lui garantir, pour un acte aussi exorbitant en soi, et aussi contestable en droit, que le testament.

Plus tard, le testament *per aes et libram* succéda au testament *in comitiis calatis;* il était revêtu des formes de la mancipation. Est-ce à dire que l'on eût déjà abandonné l'idée originaire que le testament doit être garanti par le peuple? Si les cinq témoins de la mancipation sont, comme on l'admet généralement, les représentants des cinq classes de censitaires du peuple romain, alors le testament par mancipation reste fidèle à cette idée originaire, et son efficacité réside dans l'approbation du peuple par l'organe de ses représentants. Or, il est évident que ce caractère de représentants du peuple attribué aux cinq témoins acquiert le plus haut degré de la vraisemblance, du moment que l'on peut citer un cas où on leur voit tenir la place du peuple tout entier. En poursuivant cette idée que ces cinq témoins représentent le peuple on aboutit à cette

conclusion que la mancipation ([83]) est le moyen facile d'imprimer le sceau de la garantie publique aux actes juridiques. Selon toute apparence, les anciens avaient coutume de s'assurer pour les actes les plus importants entre vifs de la même protection du peuple que pour les testaments. Quoi qu'il en soit, il est certain que les droits créés par la *mancipatio* se fondent sur l'autorité du peuple, et que nous pouvons les considérer comme « publiquement garantis » ([84])

Si ce que nous venons de dire est exact, l'appel des *testes*, dans tous les actes en forme de mancipation, n'avait pas seulement pour effet de faire participer les témoins à ces actes, mais d'y faire intervenir, par eux, le peuple tout entier. La violation, la lésion d'un pareil droit, la résistance à la justice privée de l'intéressé qui est fondée sur ce droit, sont par conséquent des offenses envers le peuple romain, des attentats contre l'ordre juridique établi. Mais le droit est-il toujours évident dans tous ces cas? Oui pour le débiteur qui s'est obligé dans la forme du *nexum* à restituer la somme qu'il a reçue ou qu'il a reconnu devoir: il a prononcé sa propre sentence. Dans la *mancipatio*, au contraire, le droit ne dépend pas seulement

---

([83]) Nous avons déjà fait remarquer plus haut que le *nexum* ne contient qu'une application de la mancipation à des rapports obligatoires, c'est pourquoi il est inutile de le mentionner ici d'une manière spéciale.

([84]) BETHMANN HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, t. I, 1864, s'est prononcé également pour l'opinion qu'au moyen des cinq témoins représentant les cinq classes du peuple, l'acte en forme de mancipation se trouvait placé sous l'*autorité* du peuple. Il y a assez peu de différence à dire avec lui : le transfert de la propriété a lieu sous la foi publique, il se fondait sur le témoignage populaire, ou à dire avec moi : il était placé sous la *garantie* du peuple. Celui qui demandait le témoignage du peuple, poursuivait un but bien plus élevé que celui que nous avons en vue, aujourd'hui, dans l'appel des témoins. J'insiste pour qu'on ne le perde jamais de vue lorsqu'on examinera mon opinion.

de l'acte, mais aussi de la propriété du constituant. Il est possible que ce dernier ait volé la chose, et que l'ayant-droit putatif se trouve en présence du véritable ayant-droit ou d'un ayant-droit putatif comme lui. De part et d'autre se présenteront les cinq témoins qui attesteront l'acte de la mancipation *(superstites)*. Y aura-t-il lieu dans ce cas de recourir à la justice privée? Elle ne serait plus qu'un pur jeu de la violence; le plus fort l'emporterait. C'est alors que l'autorité intervient dans le combat pour le faire cesser *(mittite ambo hominem)*; la collision physique *(manum conserere)* cesse avec l'introduction du procès (§ 15).

3. *Formes et étendue de la justice privée légale.* — Formes solennelles de la justice privée : la *manus injectio* et la *pignoris capio*. — Débat judiciaire sur sa légitimité (Procédure offensive et défensive). — La justice privée dépourvue de formes.

14. La justice privée nous apparaît dans l'ancien droit sous un triple aspect : *solennelle*, lorsqu'elle est liée à l'observation de certaines formalités; *sans formes*, lorsqu'elle n'en exige aucune, et enfin, comme *acte purement apparent*, lorsqu'elle n'a lieu que pour la forme seulement. La première de ces formes, qui, ainsi que la troisième, a complètement disparu dans le droit nouveau, sera l'objet principal des explications qui vont suivre. Nous nous bornerons à ses deux espèces principales : la *manus injectio* et la *pignoris capio*, en négligeant les actes de moindre importance.

L'apparence extérieure de ces deux actes est universellement connue. La *manus injectio* consistait dans la mainmise sur la personne du débiteur, la *pignoris capio* dans la saisie de ses choses ; la première était par conséquent un acte d'exécution *personnelle*, la seconde, un acte d'exécution *réelle*. Toutes deux, elles étaient soumises à certaines conditions et à certaines formes, sans intérêt ultérieur pour nous. Il est un autre point, au contraire, qui n'a pas rencontré jusqu'ici l'attention qu'il

mérite, et que nous allons, pour ce motif, examiner plus attentivement.

En décrivant l'ancienne procédure des *legis actiones*, GAIUS (IV, 12) en énumère cinq espèces (*modi quibus lege agebatur*), parmi lesquelle il cite : la *legis actio per manus injectionem* et *per pignoris capionem*. Si elles n'avaient été que des actes de justice privée solennelle, si elle n'avaient pas pu conduire à une procédure judiciaire, cette classification qui les met sur la même ligne que les autres modes de procédure, ne pourrait à mes yeux échapper au reproche de contenir une erreur grave de logique. Une saisie *extra-judiciaire* ne peut assurément jamais être considérée comme une espèce de *procédure*, et l'exécution d'un jugemeut par *manus injectio* ne peut constituer un procès nouveau.

Notre science, que je sache, ne s'est point arrêtée jusqu'ici à cette objection si grave; du moins, elle n'a fait aucun effort pour la détruire. La *legis actio per pignoris capionem* en particulier, est partout considérée comme une espèce extrajudiciaire de justice privée, qui n'a jamais donné lieu à un procès (85). Le but de l'étude qui va suivre est de fournir la preuve que les deux *legis actiones* dont il s'agit, étaient en réalité de véritables espèces de procédures : non point d'une manière absolue, comme les trois autres, mais conditionnellement : dans le cas où le droit du créancier d'exercer la justice privée était contesté. Alors surgissait un procès dans lequel le créancier avait à établir le droit qu'on lui contestait, et à justifier l'acte qu'il avait accompli de son chef. En dehors de cette hypothèse, ces deux espèces de procédures ne pouvaient se produire.

---

(85) PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II, § 162; KELLER, *Röm. Civilprozess*, § 20; RUDORFF, *R. Rechtsgeschichte*, § 25. Restant conséquent avec cette idée, BETHMANN HOLLWEG, *l. c.*, p. 90, exclut entièrement la *pignoris capio* du système de la procédure ancienne, et l'examine à l'occasion de la justice privée.

GAIUS (IV. 21-25) le dit expressément par rapport à la *manus iniectio*. Lorsque le créancier avait consommé cet acte sur le débiteur, à l'endroit même où il l'avait rencontré, il devait le conduire devant la justice (86). Non point, comme on l'a admis, pour se le faire adjuger par le Prêteur (87), — mais parce que la décision définitive sur la procédure ultérieure ne pouvait avoir lieu qu'en justice. Si le débiteur se soumettait, la justice n'avait pas davantage à s'occuper de lui. Le créancier l'emmenait dans sa maison, et le liait sans qu'aucune permission de l'autorité fût nécessaire. Pourquoi du reste cette permission eût-elle été requise ? Le débiteur était en aveu, il savait le sort qui l'attendait.

Mais il pouvait se présenter que le débiteur opposât une résistance à la *manus injectio*, non point une résistance de fait, mais une résistance de droit, c'est-à-dire qu'il contestât les conditions exigées pour l'exercice de la *manus injectio*. Il pouvait par exemple nier ou contester l'existence ou le montant de la dette, arguer de l'inobservation des délais légaux, il pouvait

(86) V. les termes de la loi des XII tables rapportés par GELLIUS, XX, 1. 45 : *aut quis* ENDO *in eo* JURE *vindicit*. (BRUNS, *Fontes juris Rom*. p. 16).

(87) La loi des XII tables ne parle point d'une addiction du magistrat, elle dit seulement : *ni judicatum facit aut quis endo in eo jure vindicit*, DUCITO ; et GAIUS, IV, 20, dit pareillement : *qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab auctore et vindicebatur ;* il s'exprime de la même façon au § 25, sans mentionner une décision du Prêteur. Je laisse à l'appréciation du lecteur de juger si devant ces autorités imposantes, le renseignement de GELLIUS, XX, 1. 44 : *ad Praetorem ducebantur et ab eo... addicebantur*, mérite d'être pris en considération. BETHMANN HOLLWEG, *l. c.*, p. 118, note 12 se demande : Mais à quoi bon cet *in jus ducere* si le demandeur n'avait pas besoin de faire reconnaître son droit par l'État ? Je renverrai pour la réponse à la note précédente : Le *vindex* ne peut se présenter qu'*in jure*, et comme toute *manus injectio* doit laisser ouverte la possibilité de son intervention, la décision définitive ne peut donc être rendue qu'*in jure*. Cela prouve le peu de fondement de la distinction faite par cet auteur (p. 160) entre *judicatus* et *nexus*.

en un mot contester la *légitimité* de l'action de son créancier. Dans ce cas, d'après la loi des XII tables, il s'agissait de savoir si quelqu'un voulait soutenir le procès au lieu et place du débiteur. Lui-même n'était point admis comme partie en cause; le procès s'engageait aussitôt avec son représentant, le *vindex*. Le vindex suspendait l'exécution du créancier; aussi lorsqu'il succombait, était-il passible d'une peine, tout comme le débiteur et en même temps que lui: d'où il résulte qu'il jouait dans ce procès le rôle du défendeur. S'il ne se rencontrait pas de *vindex*, la contestation du débiteur restait non avenue, et le créancier l'emmenait comme dans le cas signalé plus haut. La rigueur de ce régime n'avait pas la sévérité qu'on pourrait lui attribuer tout d'abord. Celui dont la cause était juste, et qui savait convaincre ses amis et ses parents de la justice de son droit, ne devait point être en peine de trouver un *vindex;* c'était en effet un devoir d'honneur dans des circonstances pareilles, de venir en aide à un parent opprimé (§ 17). Si nul, dans l'entourage du débiteur n'avait une connaissance suffisante du droit pour diriger le procès, il n'était guère difficile de trouver un homme ayant les capacités requises. Il suffisait de le garantir contre les risques qu'il courait, en lui remettant ou en lui assurant la somme nécessaire pour le couvrir des responsabilités qu'il assumait. Ce n'était que dans les cas où le défendeur manquait des ressources nécessaires pour s'assurer du concours d'un *vindex*, et où il ne pouvait déterminer ses parents ou ses amis à se charger de sa cause, que tout moyen de défense lui échappait. Mais sa condamnation n'était-elle pas prononcée par cela même qu'il ne pouvait trouver personne qui se mît à sa place, même parmi ceux que l'usage et l'honneur obligeaient à le soutenir si sa cause était juste? Des lois postérieures apportèrent un adoucissement à la procédure romaine, pour certains cas, en permettant au défendeur de: *manum sibi depellere*, c'est-à-dire d'être son propre *vindex* (*manus injectio pura*). L'introduction de cette forme nouvelle de procédure et la conservation du nom qui la désigne, seraient inexplica-

bles si l'on n'avait point sauvegardé le caractère essentiel de la procédure originaire : la peine qui frappait le *vindex* succombant. Le défendeur en prenant le droit du *vindex* en encourait aussi la responsabilité ([88]).

Il résulte de ce qui précède qu'il ne pouvait être question d'une *legis actio per manus injectionem*, comme espèce de procédure, que lorsque le défendeur, assisté ou non d'un *vindex*, contestait la légitimité de la *manus injectio*. Alors seulement le Préteur intervenait, alors seulement il y avait lieu à un débat et à une décision judiciaires. Rien de tout cela, au contraire, ne se présentait dans le cas où il n'y avait point de contestation ; la *manus injectio* n'était plus alors qu'un acte solennel de justice privée. Est-ce faire une supposition hasardée que de dire que les anciens jurisconsultes, en employant ces expressions, n'ont eu en vue que le premier cas ? Dans l'exposé de GAIUS, *vindicem dare, qui pro se causam agere solebat* est évidemment le procédé normal, celui qui se rattache en première ligne à la *manus injectio;* il ne met qu'en seconde ligne : *domum duci et vinciri;* et dans la *manus injectio pura* il n'en fait même aucune mention.

La nécessité de cette distinction entre la *manus injectio* comme espèce de procédure, et comme acte solennel de justice privée est d'autant plus importante, que les expressions *manus injectio* et *manus injicere* sont souvent employées, tant par des auteurs juridiques que par d'autres, exclusivement dans le second sens.

([88]) V. aussi KELLER, *Civilprozess*, § 19 et BETHMANN HOLLWEG, *l. c.*, p. 163; RUDORFF, *R. Rechtsgeschichte*, II, § 24. GAIUS, IV. 23, cite comme exemples de la *manus injectio pura*, la *lex Marcia adversus feneratores* et la *lex Furia testamentaria;* ces lois comminent expressément, toutes les deux, une peine contre le plaideur téméraire (peine qui s'élève ici jusqu'au quadruple), IV. 108. Cette peine, désignée plus tard par les expressions *lis inficiando crescit in duplum*, fut aussi introduite dans des cas où la *manus injectio* ne trouva jamais d'application.

Cela se présente surtout, lorsqu'il s'agit d'esclaves ([89]), de la *vindicatio in servitutem*, et de l'exercice de quelques autres droits, — tous cas dans lesquels on a contesté avec raison l'existence d'une *legis actio* (dans le sens d'une procédure judiciaire ([90]). Pour l'objet dont nous nous occupons, ces cas d'application présentent cet intérêt-ci, c'est qu'ils montrent que le domaine de la *manus injectio*, comme acte légalement autorisé de justice privée, n'est pas le même que celui que lui assigne Gaius, *l. c.* : l'exécution de créances pécuniaires ([91]).

Dans cet ordre d'idées, d'après l'ancien droit, trois cas de dettes incontestables permettaient l'emploi de la *manus injectio*. Elle était autorisée d'abord en cas de créances établies *per aes et libram (nexum)* ([92]), ce qui comprenait aussi le legs (V. plus loin un autre cas prétendu), ensuite en cas d'une créance reconnue par la *confessio in jure* : elle était permise enfin lorsqu'un jugement autorisait ce mode d'exécution.

D'après nos idées actuelles, le cas de décision judiciaire aurait dû être placé en première ligne, car, pour nous, cette décision

---

([89]) V. de nombreux exemples dans Brisson, de form. V, c. 19 ; on peut y ajouter Seneca, de constant., c. 5 : *bona, in quae non est manus injectio,* et de vita beata, c. 23 : *nihil, quo manus injiciat.* V. des textes sur la *manus injectio* des esclaves dans Rudorff, *l. c.,* II, § 24.

([90]) Rudorff, *l. c.*

([91]) V. dans ce sens large la définition de Serv. ad Virg. X, 419 : *manus injectio dicitur, quoties nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus.*

([92]) Je renvoie pour le surplus aux manuels de l'histoire du droit romain. La loi des XII tables, avait reconnu le *nexum* comme produisant une obligation juridique *(si nexum faxit mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto)* ; elle ne fait cependant mention que des deux autres cas *(aeris confessi rebusque jure judicatis)* à propos de la *manus injectio*. A moins d'admettre erronément que dans le premier cas les modalités de l'exécution, même les *dies justi* par ex. fussent complètement laissées à l'entente des parties, il faut voir dans les mots *aeris confessi* une allusion au *nexum*.

du juge est la condition normale de toute exécution. Les autres cas de *manus injectio* ne nous apparaissent que comme des actes auxquels on attribue l'autorité de décisions judiciaires. A nos yeux, et aussi aux yeux des jurisconsultes romains classiques, cette conception est parfaitement exacte; ces derniers désignent nettement le serment et l'aveu comme des succédanés de la décision du juge. Mais transporter cette conception dans le droit romain ancien me paraît constituer une profonde erreur; la décision du juge, et l'aveu, dans le droit ancien, se trouvaient dans un rapport précisément inverse ([93]). La décision du juge basait son autorité uniquement sur ce que le défendeur l'avait d'avance reconnue comme obligatoire. Bien loin que la partie eût directement ou indirectement dû voir légitimer par le juge son droit à la *manus injectio*, le juge au contraire, comme nous le verrons plus tard (§ 15), se voyait attribuer sa compétence toute entière par les parties elles-mêmes.

La *manus injectio* était-elle applicable dans d'autre cas encore? La question est controversée. Il y a d'abord le cas du serment ([94]). Si l'on pouvait se décider d'après la conception des jurisconsultes romains postérieurs, qui assimilaient le serment au jugement ([95]), il faudrait répondre affirmativement. Les

([93]) C'est une erreur à mon avis de vouloir conclure de Gaius, IV, § 21-23, qu'à l'exemple de la *manus injectio judicati*, toute autre *manus injectio* ait été appelée dans l'ancien droit *pro judicato;* ce qui établirait le fondement de l'opinion ci-dessus. En effet, Gaius se borne à exposer les *species* de la *manus injectio* et de ses imitations, et il appelle ces dernières *pro judicato;* mais il ne parle nulle part des autres cas d'application de la *manus injectio* dans l'ancien droit, parmi lesquelles celle basée sur le *nexum* perdit de bonne heure toute importance pratique.

([94]) En sens négatif v. Rudorff, *Zeitschrift für Gesch. Rechtsw.*, XIV, p. 347 s. et *Rechtsgeschichte, l. c.* En sens affirmatif, v. la première édition allemande de cet ouvrage.

([95]) V. les textes cités à la note 112.

termes *aeris confessi* donnent même un argument tiré de la loi, pour le serment prêté *in jure* : en effet celui qui avait promis de payer sous la condition que son adversaire prêtât serment, devait être considéré comme *confessus*, une fois cette condition accomplie. Il n'est pas douteux au surplus que par l'aveu judiciaire, on pouvait non-seulement reconnaître une dette existante mais encore en créer une qui n'existait pas encore (96). L'*actio auctoritatis* est un autre cas douteux que l'on a voulu rattacher à la *manus injectio* (97). Celui qui avait vendu et mancipé une *res mancipi*, répondait en cas d'éviction, du double du prix de vente. La circonstance que cette action tendait au double (98), *a priori*, et non point seulement à la suite d'une dénégation, et puis cette autre circonstance qu'elle exigeait comme condition le paiement *effectif* du prix de vente, lequel devait être prouvé, écartent, à mon avis, toute idée de *manus injectio*. Si on avait pu appliquer la *manus injectio* dans ce cas le montant déjà double de la condamnation aurait dû lui-même être doublé, ce qui est aussi peu vraisemblable que peu prouvé. Il serait plus exact de rattacher dans ce cas la peine du double à l'idée du *furtum nec manifestum*; en effet, le vendeur a tenté de soustraire le prix de vente à l'acheteur.

La loi des XII tables autorisait aussi la *manus injectio* à l'égard de celui qui refusait de donner suite à l'*in jus vocatio* dirigée contre lui. Était-ce là une *manus injectio* dans le sens indiqué plus haut? (99) Dans cette hypothèse, le défendeur aurait été considéré comme étant en aveu, ou

(96) C'est ce que fait remarquer Bethmann Hollweg, *l. c.*, p. 157. Cependant il est très douteux pour moi que les parties aient pu, par une convention accessoire, modeler le délai légal de paiement sur l'échéance de la dette, et diminuer ou augmenter ainsi les *triginta dies justi*.

(97) Bethmann Hollweg, *l. c.*, p. 161.

(98) C'est du moins ce qu'atteste Paul, S. R. II, 17, 3.

(99) V. dans ce sens, Puchta, *Cours d'Institutes*, II, § 160.

tenu pour condamné, et il n'aurait pu entreprendre le procès qu'avec le secours d'un *vindex*, de la manière déjà indiquée. Ou bien la *manus injectio* ne marquait-elle ici que l'application de la force physique? ([100]) En faveur de la première opinion, on peut soutenir qu'il était nécessaire de comminer une peine contre une pareille résistance. ([101]) En effet si celle-ci était restée impunie, le défendeur aurait toujours pu tenter de se soustraire à l'*in jus vocatio* et empêcher par cela même l'introduction d'une instance. Du reste, était-ce infliger grief, que de voir un consentement tacite dans son refus de laisser l'affaire se produire devant la justice? ([102]) Les adversaires de cette opinion ne peuvent lui adresser d'autre reproche que de ne pas avoir pour elle de témoignages formels. Au surplus cette controverse n'a aucun intérêt pour la question de l'étendue de la justice privée dans l'ancien droit; il suffit que le demandeur ait eu le droit, dans ce cas aussi, de recourir à la force.

Passons maintenant à la *pignoris capio* qui a donné son nom à la cinquième *legis actio* énumérée par GAIUS, dans son exposé de la procédure ancienne. Pour certaines créances, les unes de nature religieuse, les autres de nature militaire ou politique, l'ayant-droit était autorisé à saisir de son propre chef un gage, sans l'intervention de l'autorité, et même en l'absence de son adversaire (GAIUS, IV, 27.28). C'est une forme de justice privée que plusieurs autres législations, ont, comme le droit romain,

([100]) En ce sens V. KELLER, *Der Röm. Civilprozess*, § 46. RUDORFF, *Histoire*, II, p. 209. BETHMANN HOLLWEG, *l. c.*, p. 106.

([101]) Cette nécessité fut reconnue par le droit postérieur : L. 2, § 1. Si quis in jus voc. (2,5) : *ex causa.. multa.. damnabitur*. GAIUS, IV, 46. La nécessité de cette peine paraît même avoir été sentie par les défenseurs de l'opinion contraire. Ainsi par ex. RUDORFF, *l. c.*, parle pour l'époque ancienne « de scènes aussi inutiles que tumultueuses. »

([102]) TITE-LIVE, III, 57. *Si ad judicem non eat*, PRO DAMNATO *in vincula duci jubere.*

retenue de leur période d'origine ([103]). Comme nous l'avons vu plus haut, on considère cette *legis actio*, d'une manière tout-à-fait générale, comme un acte de pure justice privée qui ne donne en aucune façon ouverture à une procédure judiciaire. L'ayant-droit, croit-on, vendait le gage si celui-ci n'était pas racheté, mais ce rachat était soumis à des règles déterminées.

Il est hors de doute que cette saisie *pouvait* suivre ce cours; à quoi bon un procès, lorsque le saisi reconnaissait le droit de son adversaire? Qu'arrivait-il cependant, s'il contestait ce droit? L'opinion dominante paraît ne pas avoir songé à la possibilité de cette éventualité, et GAIUS lui-même n'en fait pas mention. Il est évident cependant que le droit ancien doit avoir prévu ce cas; sinon le premier venu aurait pu, à sa fantaisie, opérer une saisie, et le saisi n'aurait eu qu'à regarder faire. Une *legis actio per pignoris capionem* sans garantie de sa légitimité, c'est-à-dire sans une procédure ayant pour objet sa légitimité, eût été un bill d'indemnité accordé à toute espèce de saisies arbitraires, au brigandage et à la violence. En un mot, toutes les formalités qui présidaient, comme nous en avons la preuve expresse, à l'exécution personnelle, devaient accompagner aussi l'exécution réelle. Comme l'acte de la *manus injectio,* celui de la *pignoris capio* doit avoir été suivi, le cas échéant, d'une procédure ayant pour but l'examen de sa légitimité. Et ce n'est pas assurément avancer une supposition hasardée, que de dire que cette procédure a pris le nom de *legis actio per pignoris capionem*, tout comme la procédure introduite au sujet de

([103]) V. par ex. pour le droit hellénique : HEFFTER, *Athen. Gerichtsverfahren*, p. 454; MEIER et SCHÖMANN, *Attischer Prozess.*, p. 747; pour le droit germanique et le droit anglais : WILDA, *Zeitschrift für Deutsches Recht*, I, p. 167 s. RÜTTIMANN, *Der engl. Civilprozess*, p. 10 s.; pour le droit danois (en matière de charges publiques) : K. MAURER, *Krit. Vierteljahrschrift*, 13, 372.

la *manus injectio* a pris le nom de *legis actio per manus injectionem*, d'après le nom de l'acte qui y donnait ouverture.

On pourrait se figurer que le saisi jouait, dans cette procédure, le rôle du demandeur, comme dans l'*actio negatoria* par exemple. Mais à mon avis le contraire est plus probable. Parmi les créances qui jouissaient du privilège de la *pignoris capio*, à l'époque de la procédure des *legis actiones*, figurait celle des publicains pour le paiement des impôts (GAIUS, IV, 28). Ce privilège leur resta acquis même après l'introduction de la procédure formulaire ([104]). Il nous a été conservé un renseignement (GAIUS, IV. 32) sur la forme judiciaire dont il était revêtu. Le publicain agissait contre le saisi en rachat du gage, et conformément à la tradition ancienne, il réclamait plus que le simple montant de la contribution. Or, lorsque GAIUS désigne cette action comme une *actio fictitia* imitée de la *legis actio per pignoris capionem* ([105]), cette fiction peut présenter deux sens différents : elle signifie, ou bien que le publicain a cette action même s'il n'a pas opéré de saisie, tout comme s'il en avait opéré une; ou bien qu'il n'a cette action que lorsqu'il a opéré une saisie, comme si l'on était encore sous l'empire du droit antique. Sans exclure la première hypothèse, je crois cependant pouvoir aussi défendre la seconde, en me référant au passage de CICÉRON cité à la note 104. Si CICÉRON a suivi dans ce passage la terminologie juridique connue, dans laquelle *petitor* désigne le demandeur et *possessor* le défendeur, il a assigné le rôle du demandeur au publicain saisissant dans ces paroles : *quum in his omnibus publicanus* PETITOR AC PIGNERATOR *non ereptor neque* POSSESSOR *soleat esse* ([106]).

([104]) V. par ex. *Cic. in Verrem*, III, 11, 27 : *publicanus petitor ac* PIGNERATOR.

([105]) Cela résulte surtout de la comparaison du § 33 : *nulla autem formula ad* CONDICTIONIS *fictionem exprimitur*.

([106]) Ce texte a été récemment commenté par DEGENKOLB, *Die Lex Hieronica*. Berlin, 1861, p. 52 s.

C'est cette action, dont l'existence nous est attestée pour la procédure formulaire, que je fais rétrograder dans la procédure des *legis actiones*, comme *legis actio per pignoris capionem*. Mais, se demandera-t-on, quel est le but de cette action? Avait-elle pour objet de contraindre l'adversaire au rachat, et faut-il admettre que le créancier n'ait pas été libre de vendre le gage? Cette supposition n'est nullement invraisemblable au point de vue du droit ancien. On sait que même le gage conventionnel ne comportait point, à l'origine, le droit de vendre; or, pourrait-on dire, il devait en être ainsi à bien plus forte raison, du gage que le créancier avait saisi de son propre chef. Quoi qu'il en soit, — dans tous les cas, l'action donnait au défendeur le moyen légal (p. 161) de contester la légitimité de la saisie. Le demandeur qui lui réclamait le rachat, devait établir, d'après des principes généraux, les conditions de sa demande, c'est-à-dire l'existence et le caractère privilégié, de même que le montant de sa créance; l'action prenait ainsi la forme d'un débat contradictoire sur la *pignoris capio*. Mais il est évident que ce moyen n'était efficace qu'à la condition qu'il fût permis au défendeur aussi bien qu'au demandeur d'engager l'action.

Il suffit de renvoyer à la forme analogue de la *legis actio per manus injectionem* pour laver cette opinion du reproche d'être forcée et peu naturelle. Si la *manus injectio* était contestée, le créancier *devait* la justifier, comme *demandeur* (p. 154). Dans les deux cas, peut-on dire, celui qui avait exercé la justice privée, se constituait par le fait même demandeur éventuel dans le débat sur sa légitimité.

Si ce qui précède est exact, nous avons résolu d'une manière satisfaisante deux questions auxquelles on n'a pas même tenté de répondre jusqu'ici. C'est d'abord la question de savoir comment la *legis actio per pignoris capionem* en est arrivée à figurer parmi les espèces de procédures? et ensuite : quel était le moyen légal donné au saisi pour se défendre contre une saisie illégale? Les deux *legis actiones* qui tendent à l'exécution privée, revêtent ainsi un caractère inattendu de conformité entre

elles, et une différence tranchée avec les trois autres. Toutes deux en effet, elles ont le caractère de procédures justificatives d'un acte solennel de justice privée, provoquées par l'opposition de l'adversaire; dans toutes deux le créancier doit prendre le rôle du demandeur. Elles se idstinguent en ce seul point, que dans la *manus injectio*, où l'opposition de l'adversaire peut se produire sur le champ, la procédure elle-même peut aussi être engagée sur le champ, tandis que dans la *pignoris capio*, autorisée même en l'absence du saisi, la procédure ne devenait possible que plus tard. Je n'examinerai pas si l'ancienne jurisprudence les a qualifiées toutes deux de *legis actio*, même dans le cas où elles n'étaient pas suivies d'une instance judiciaire : ce qui est certain c'est qu'au moment de leur naissance, elles renfermaient l'éventualité d'une instance pareille, et à ce titre seul, elles méritaient le nom de *legis actiones*, c'est-à-dire de formes introductives du procès.

Dans les cas où la notion de la justice privée s'appliquait aux autorités de l'État et à leurs actes, il faut ajouter aux deux modes d'exécution privée examinés jusqu'ici, l'exécution des prétentions de l'État, qui se faisait, en règle générale, par voie purement administrative, sans recours à la voie judiciaire (107). Exceptionnellement cependant, les voies judiciaires étaient ouvertes à l'adversaire, même en ces matières, lorsque la demande dirigée contre lui n'était pas d'intérêt public, mais qu'elle ne concernait qu'un intérêt privé, c'est-à-dire lorsqu'elle avait sa source, non dans le rapport de subordination du citoyen vis-à-vis de l'État, mais dans un contrat conclu par l'État avec lui. Dans ce dernier cas, l'État se trouvait en présence de son débiteur, comme un créancier privé, et il ne pouvait équitablement lui enlever la possibilité d'un recours judiciaire. On le lui accordait sous une forme toute particulière. L'autorité publique ne paraissait pas en personne, comme demanderesse : que ce fût parce

(107) von Bethmann-Hollweg, *l. c.*, p. 95. s.

qu'elle trouvait peu digne d'entrer en procès avec un particulier, et de s'exposer au danger de succomber, ou bien que ce fût parce que l'on estimait que l'impartialité du juge et les intérêts de la défense auraient été compromis par l'ascendant de l'État sur le défendeur, c'est ce que je n'examinerai point. L'autorité préférait vendre et céder son droit. Elle opposait ainsi à un particulier un autre particulier, qui poursuivait la réclamation d'après les voies de la procédure ordinaire. C'est en cela que les débiteurs de l'État « *praedes* », se distinguaient des débiteurs privés. « *Praedes vendere* » signifiait, non point vendre les débiteurs, mais transporter à un autre la *créance* qu'on avait contre eux ([108]).

Outre les deux actes de justice privée solennelle, dont l'explication précède, l'ancienne procédure nous montre l'exercice de la justice privée, dans un autre cas encore, mais seulement comme acte apparent. C'est le célèbre combat simulé, déjà mentionné plus haut (p. 152), par lequel s'ouvrait la procédure de la *vindicatio*. Le nom qui sert à le désigner : *vindicatio*, de même que la *vindicta* qui s'y employait, (cette lance indispensable, ici changée en bâton), dénoncent qu'il s'y agit de *vis* (*vis civilis, festucaria*, GELLIUS, XX, 10, § 10 ([109]). Cet acte est aussi

([108]) De plus amples développements sur ce sujet sortiraient de notre cadre. V. RUDORFF, *l. c.*, II, p. 308, et l'écrit récent de RIVIER, *Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque*. Berlin, 1863. Mais ce dernier (v. p. 96), de même que TH. MOMMSEN, *Die stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malacca*, p. 473, me paraissent ne pas avoir saisi la véritable portée de l'institution, lorsqu'ils prennent les mots *praedes vendere* dans leur sens littéral pour la vente du débiteur même, et lorsque, s'écartant de la *manus injectio* ordinaire, ils ne laissent pas même au débiteur la possibilité de se défendre.

([109]) La racine *dic* signifie en latin, comme en sanscrit et en grec (δείκνυμι) montrer; (par ex. *dicis causa, digitus, indicare*); *dicere*, dire, c'est montrer verbalement. *Vindicare*, dérivé de *vim dicere*, a donc le sens de : montrer de la force. V. POTT, vol. I, p. 266, et OTT. MÜLLER, *Rhein. Museum*. Tome V, p. 190 s.

désigné par l'expression : *manum conserere*, en venir aux mains. On a voulu trouver dans cette introduction de la force dans le procès, l'expression de l'idée que la force doit céder au droit. Mais il serait plus juste d'en conclure que la force paraissait aux Romains chose si naturelle et si peu injuste, qu'ils ne pouvaient laisser s'y recourir, même dans la procédure.

Ce combat simulé contient moins une condamnation de la justice privée, qu'il ne fournit la preuve des racines profondes qu'elle avait dans la conscience du peuple. Il est une réminiscence des temps primitifs, que l'on avait conservée dans la procédure, parce qu'on ne s'était pas encore pleinement dépouillé des idées de ces temps. Lorsqu'on y fut parvenu, l'acte lui-même tomba en désuétude; l'intelligence de sa signification primitive avait disparu.

Après avoir exposé les formes que revêtait la justice privée comme acte solennel dans la procédure antique, ce serait le moment de la suivre à travers tout l'ancien droit, et dans la procédure formulaire, pour nous figurer le rôle qu'elle jouait encore à cette dernière époque. Non point que cette étude ait pour nous un intérêt immédiat, mais elle nous autoriserait à tirer des conclusions pour l'époque la plus antique. Je ne crois cependant pas devoir m'engager dans cette voie, qui nous éloignerait pour longtemps de l'ancien droit, et je me bornerai à relever quelques points particulièrement caractéristiques. Tels sont :

1. La participation que la procédure formulaire elle-même réserve à l'activité du demandeur, dans le but de réaliser son droit. L'idée ancienne qu'un droit évident et incontesté implique l'autorisation de le réaliser au moyen d'une exécution privée, et que c'est par conséquent au vainqueur, et non au pouvoir de l'État, de réaliser le jugement, en un mot l'idée de l'*exécution privée légale*, antithèse de notre *exécution judiciaire* actuelle; — cette idée, dis-je, gît au fond du système de procédure en question. Le Préteur n'exécute pas lui-même au moyen de ses licteurs, mais il autorise le demandeur à prendre lui-même les mesures nécessaires, à se rendre maîtres *(duci jubere)* de la personne du

débiteur, de l'enfant, de l'esclave, à se mettre en possession de ses biens *(bona possideri jubere; immissio in bona)*, à lui enlever la chose promise (par exemple dans l'interdit *utrubi*). Cette autorisation se donne, en règle générale, sous la forme d'une défense adressée à l'adversaire d'opposer de la résistance à cet acte de justice privée, au moyen d'un interdit prohibitoire *(vim fieri veto, quominus*, etc.), dont l'efficacité était assurée par la menace d'une peine. Il n'est pas douteux que l'autorité publique ne prêtât le secours de son bras, dans les cas extrêmes (110), mais ce n'était point un droit *à priori* pour le demandeur, il devait lui-même soigner ses intérêts, — se borner à poser des conclusions ne lui servait de rien — il devait *agir*, dût-il traîner lui-même le défendeur devant la justice.

2. L'aspect de la théorie de la possession. Il y a justice privée, et non défense privée, lorsque le possesseur primitif de la chose, qui l'a confiée temporairement à un autre, par exemple par bail ou prêt, la reprend avec violence. On ne saurait en douter, à moins de tenir pour le seul aspect possible de ce rapport juridique celui qu'il prit à la suite du revirement des jurisconsultes romains. Mais ce serait là se placer à un point de vue erroné; les législations actuelles sont là pour nous en convaincre. Dans ma conviction, l'aspect juridique de ce rapport, d'après lequel la tentative de recouvrer une possession perdue en fait, est considérée au même titre que la revendication d'une possession encore existante, par conséquent comme défense privée, n'est qu'une forme inventée dans l'intérêt des anciennes idées sur la justice privée. Il y a un autre cas d'application de la justice privée dans les rapports du *possessor justus* et *injustus*. Lorsque le droit déclare ce dernier dépourvu de protection vis-à-vis du premier, celui-ci est par cela même autorisé à user de violence envers lui, pourvu que ce ne soit pas à main

(110) TITE-LIVE, III, 48 : *I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium.* BETHMANN-HOLLWEG, *l. c.*, p. 191.

armée. (Exclusion de l'*exc. vitiosae possessionis* dans l'*interd. de vi privata*).

3. Le défaut de peine pour l'exercice illégal de la justice privée. Le propriétaire n'était pas libre d'enlever sa chose qui se trouvait en possession d'autrui, au lieu de la revendiquer. Le créancier n'était pas libre non plus d'arracher violemment au débiteur la chose que celui-ci lui devait. Mais que leur arrivait-il, s'ils en agissaient cependant ainsi? Ils pouvaient être contraints à restitution au moyen d'une action possessoire; mais aucune peine, que nous sachions, ne les frappait. Il y a plus: celui qui par des menaces avait contraint le débiteur à payer, même après que l'édit du Préteur eut introduit une peine pour l'extorsion *(actio quod metus causa)*, ne pouvait pas même être actionné en restitution ([111]). Il n'y avait lieu à une peine que lorsque, par un interdit prohibitoire, le Préteur avait expressément défendu la violence dans le cas particulier de la contravention. Ce ne fut que plus tard, vers la fin de la République *(leges Juliae de vi privata* et *publica)* et sous l'empire *(Decretum divi Marci* et ses extensions) que l'emploi de la justice privée, — sauf quelques exceptions – fut défendu en principe, et menacé de peines souvent fort sévères.

La différence des idées anciennes et nouvelles au sujet de la notion de la justice privée, ne saurait être plus éclatante que dans ce contraste entre son impunité complète dans l'ancien droit, et sa réprobation sévère dans le droit nouveau.

C. *Règlement amiable des contestations*

Décision contractuelle des litiges. — Le serment et l'arbitrage. — Acquiescement à la décision du juge (*litis contestatio*).

15. Le besoin d'une décision sur les contestations juridiques

([111]) L. I, § 2. *Quod met. caus.* (4. 2.). Le paiement même extorqué d'une dette réellement fondée, n'était pas considéré comme une perte soufferte, et il fallait cette dernière pour donner ouverture à cette action.

n'a pas reçu partout la même satisfaction. Chez quelques peuples, c'est à la divinité que l'on s'adresse dans ce but; elle prononce au moyen d'ordalies, d'oracles, de sortilèges, etc.; d'autres au contraire, invoquent le secours de l'autorité. Mais dans l'un cas comme dans l'autre, les parties se soumettent à une puissance *supérieure*. Dès la plus haute antiquité, le peuple romain a suivi une voie toute différente, et le développement des temps ultérieurs n'est point parvenu à effacer la trace de cette idée de l'époque primitive : la *décision contractuelle* des contestations juridiques. L'intéressé dont le droit était contesté par son adversaire, lui proposait de recourir à l'arbitrage d'un tiers impartial, ou bien il abandonnait la décision à sa propre conscience, c'est-à-dire il lui déférait le serment sur la non-existence de son droit (112). Si l'adversaire acceptait l'une ou l'autre de ces propositions, la suite était toute indiquée; la décision qui résultait de l'arbitrage ou du serment, avait pour fondement le consentement réciproque, elle était par conséquent obligatoire pour les deux parties, elle faisait naître un droit incontestable, et par suite l'autorisation d'exercer la justice privée. Mais qu'arrivait-il si l'adversaire déclinait ces propositions? Par ce refus, il se condamnait lui-même, car pourquoi refuser, s'il était convaincu de son droit? Il prouvait qu'il n'avait pas confiance en la justice de sa cause, et ce n'était pas lui faire une injustice, à lui qui mettait son adversaire dans l'impossibilité d'obtenir une décision, que de considérer son refus comme l'aveu indirect de son tort (113). La justice privée

(112) Cette idée que le demandeur établit son adversaire juge en lui déférant le serment est souvent exprimée. L. 1 pr. Quar. rer. (44,5). *Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet, non immerito*, CUM IPSE QUIS JUDICEM ADVERSARIUM SUUM DE CAUSA SUA FECERIT *deferendo ei jusjurandum*. L. 28, § 2 de jud. (5,1). Quintil. I, O. V., 6 § 4, *litis adversarium judicem facit.*

(113) TITE-LIVE, III, 57, *si ad judicem non eat*, PRO DAMNATO *in vincula duci jubere*. L. 48, de jurejur. (12,2) ; *manifestae turpitudinis et* CONFESSIONIS, *est nolle nec jurare nec jusjurandum referre.*

(peut-être même aussi la *legis actio per manus injectionem*, v p. 160), avait son libre cours contre lui ([114]).

L'institution des arbitres et le serment extrajudiciaire mettaient fin au système de la justice privée en accordant à l'ayant droit putatif la possibilité d'obtenir une décision sur la contestation, ou du moins d'acculer moralement son adversaire, et de le contraindre à avouer implicitement son tort, par son refus. Ces deux moyens étaient encore très populaires et d'un grand usage à Rome, dans les derniers temps ([115]); tous deux se retrouvent avec une forme solennelle dans la procédure antique, Je ne vois dans le second que la consolidation, sous une forme réglée et fixe, de la décision contractuelle du litige par les parties, qui exista longtemps avant lui. Le serment extrajudiciaire devint serment judiciaire, l'arbitre devint juge public; mais ils conservèrent l'un et l'autre leur caractère primitif.

Le juge actuel tire son pouvoir de l'État, et non de la soumission volontaire des parties; sa mission ne consiste pas seulement à constater, à dire le droit, mais à le réaliser.

De tout cela il n'est point question chez le juge romain; ses fonctions sont celles de tout arbitre quelconque. Cette ressemblance étonnante a suggéré à un jurisconsulte romain cette observation : *compromissum* (le choix d'un arbitre) *ad similitudinem judiciorum redigitur*. On pourrait, pour l'époque la plus récente, voir dans l'office du juge l'original et dans l'institution des arbitres la copie, tandis que pour les temps antiques il faut entièrement renverser ce rapport.

Il devait arriver souvent aux parties de demander une décision arbitrale à un magistrat distingué par ses connaissances juridiques ou par sa probité. L'acquiescement à leurs désirs fut

([114]) D'après la loi des XII tables : *Si in jus vocat, ni it, antestator, igitur em capito; si calvitur pedemve struit, manum endo jacito.*

([115]) O. E. HARTMANN, *Der Ordo judiciorum*. I, p. 105 s.

tenu dans l'origine comme un point d'honneur, plus tard comme un devoir d'office ([116]).

Surchargé de pareilles missions, le magistrat dut bientôt proposer aux parties, à sa place, une autre personne capable, ou bien rejeter une fois pour toutes certaines contestations. Le droit postérieur lui-même est avare d'actions, combien le droit antique ne devait-il pas l'être davantage! La seule différence qui existât entre l'arbitre ordinaire et celui nommé par le juge ou ce dernier même (lorsqu'il jugeait lui-même), était qu'il fallait d'abord solliciter l'acceptation du premier, tandis que l'acceptation du second était certaine dans tous les cas où l'usage ou la loi avaient introduit son intervention; pour le reste ils étaient égaux. L'arbitre puise son pouvoir dans le choix des parties, il est leur simple mandataire, ses fonctions se bornent à dire le droit; la réalisation du droit est abandonnée aux parties elles-mêmes. De même le juge du droit romain ancien ne tient son pouvoir que du mandat des parties. Cela résulte de la manière la plus évidente, de ce qu'un procès ne peut être entamé, lorsque la partie adverse refuse son consentement. Une décision du magistrat ou du juge qu'il a nommé, n'a pour la partie adverse aucune force obligatoire, si elle ne s'y est soumise d'avance. La contestation qu'elle a avec son adversaire est chose d'intérêt purement privé; comment le magistrat pourrait-il s'y immiscer sans une invitation des deux parties? C'est

([116]) Les développements qui suivent, et que j'emprunte, sans y faire de modifications, à la première édition, ont pour unique but la reconstruction hypothétique de l'époque primitive et des idées qui la dominaient. J'en fais la remarque à cause des objections qu'ils ont soulevées. Quant à l'époque historique l'*imperium* du Roi ou du magistrat, revêtu de la *jurisdictio* s'écarte trop de la position que j'assigne au juge, pour que l'on puisse essayer de les mettre sur la même ligne. L'ordre du Préteur dans la procédure revendicatoire : *mittite ambo hominem*, montre clairement que son pouvoir n'avait pas pour limites la concession des parties : qu'il n'était pas *au-dessous*, mais *au-dessus* des parties.

ainsi que lorsque le défendeur s'y oppose, aucun procès ne peut être introduit contre lui; le demandeur doit alors se tirer d'affaire tout seul, et il le fait, comme nous l'avons vu plus haut, en procédant à la *manus injectio*. Si le défendeur a décliné la proposition du demandeur de recourir à une décision judiciaire, et s'il vient ensuite à changer d'avis, le demandeur n'est plus obligé d'y consentir; la justice privée a son libre cours.

Puisqu'un procès ne peut être entamé sans la volonté du défendeur, il est aisé de voir ce qui arrivera lorsque le défendeur consent à répondre à l'action. Tout le procès repose sur la convention des parties. Elles se mettent d'accord sur la personne du juge que le magistrat leur constituera (117), et elles se promettent mutuellement de se conformer à sa décision. La force décisive, qui appartient à la sentence du juge, ne repose donc point sur ce qu'elle émane d'un juge public, mais sur ce qu'elle lui a été d'avance attribuée par les parties. La convention des parties a le caractère d'une promesse conditionnelle : elles se promettent que le vainqueur aura ce que le juge lui adjugera.

Les conséquences de ce point de vue ont été déduites, dans la procédure ancienne, avec la plus grande rigueur. L'ancienne obligation est considérée comme éteinte; le demandeur ne peut donc plus laisser tomber sa demande et en intenter une nouvelle, et le défendeur ne peut pas davantage se soustraire à une condamnation en faisant la prestation réclamée. La convention des parties a substitué à l'obligation ancienne une obligation nouvelle, soumise à une condition, et elles n'ont plus désormais qu'à attendre l'accomplissement de cette condition. Cette nouvelle obligation reposant sur une convention, l'obligation anté-

(117) *Neminem*, dit CICÉRON, Pro Cluentio, c. 43, *voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*

rieure, même si elle est née d'un délit, prend dans cette métamorphose toutes les propriétés des obligations contractuelles; elle devient notamment transmissible aux héritiers, quand même elle ne l'aurait pas été auparavant.

Le contrat qui devenait ainsi le fondement de toute la procédure s'appelle *litis contestatio;* il était conclu devant le Préteur en présence de témoins *(contestari).* On a contesté la nature contractuelle de la *litis contestatio*, en y opposant la *nature du procès*, dont les conséquences de la *litis contestatio* sont, à ce qu'on prétend, des suites nécessaires. Mais on oublie que les Romains anciens envisageaient la nature du procès à un tout autre point de vue que nous. On perd de vue qu'ils exigeaient un consentement exprès, bien qu'indirectement forcé, dans tous les cas où aujourd'hui une personne, même contre sa volonté, assume une obligation ou subit un dommage. Il n'est pas conforme, à mon avis, à l'esprit du droit ancien de dire que la *litis contestatio* aurait entraîné après elle toutes les conséquences d'un rapport contractuel, sans avoir été elle-même un contrat. Pour s'en convaincre, il suffit de réfléchir qu'il ne s'agit point là de la soumission à un juge, mais que la sentence judiciaire n'est autre chose qu'une condition sous laquelle les parties se sont promis quelque chose. Si la condition de leur promesse avait été conçue en ces termes : « Si un tiers fait telle ou telle chose », le fondement de l'obligation née de l'accomplissement de cette condition, n'eût pas été l'acte de ce tiers, mais leur propre promesse. L'influence qu'exerce la sentence du juge doit donc être rapportée à la convention des parties; c'est sa véritable cause.

Le rapport des parties avec le juge n'est donc rien moins que celui de la subordination. Sa qualité de juge constitué par le Préteur, n'implique pas plus une subordination pareille, que la nomination par l'État, de nos jours, de certaines personnes, pour exercer certaines professions, dans l'intérêt du public. Le juge ancien avait exactement la même position que le jurisconsulte de l'époque impériale, investi du *jus respondendi.* Tous

deux étaient institués par l'État pour rendre service aux parties, en leur donnant un avis [118]. Voilà pourquoi le juge ne pouvait dans le cours du procès faire aucune injonction aux parties, ni les citer, ni les menacer de peines si elles ne comparaissaient point dans les délais, etc. Voilà encore pourquoi les tribuns, qui pouvaient opposer leur veto au magistrat auquel était confiée l'administration de la justice, ne pouvaient pas en user contre le juge. C'est que le juge n'était pas un officier public, mais bien un arbitre des parties à la nomination duquel un officier public avait concouru. Voilà, enfin, pourquoi la sentence du juge n'était pas un ordre ou une défense à la partie succombante, mais une simple opinion *(sententia)*, une explication *(pronuntiatio)* donnée par le juge sur la question controversée. Tout cela se manifeste de la manière la plus évidente dans la forme de procédure la plus antique, dans la *legis actio sacramento*. Le procès y est revêtu de la forme d'un pari et chaque partie dépose une somme déterminée *(sacramentum)* [119], qu'elle perdra si elle succombe. Ce pari est soumis à la décision du juge, et il prononce, en déclarant que le *sacramentum* de la partie qui à ses yeux a raison, est *justum*, ce qui implique la perte du *sacramentum* de l'autre. De condamnation, il n'en est pas question. La demande qui donna naissance au procès n'est pas même mentionnée dans le jugement; la décision concerne en apparence une toute autre question que celle qui divise les parties, et ce n'est qu'indirectement que cette

(118) Tous deux ont la même histoire. De même que l'État prend entre ses mains les fonctions arbitrales, sans en changer, à l'origine, le caractère essentiel, de même il agit avec les jurisconsultes répondants. A côté du juge et des répondants publics se maintiennent en activité les arbitres et les répondants non investis du *jus respondendi*, ceux-ci restent longtemps sans subir de révocation de la part de l'État. Leur révocation se fait enfin, et les juges, ainsi que les répondants officiels, prononcent alors, au nom de l'État, des sentences légalement obligatoires pour les parties.

(119) Nous reviendrons sur le *sacramentum* à propos du principe religieux.

dernière est décidée. Cette décision indirecte, elle-même, n'implique nullement l'idée d'une condamnation. Cela résulte à toute évidence, de ce que cette forme de procédure s'appliquait à des cas où il ne pouvait être question ni de condamnation ni d'exécution, parce qu'il ne s'y agissait pas d'une réclamation juridique, mais de la preuve d'une assertion sur un sujet quelconque ([120]). Le droit postérieur lui-même a conservé une forme de jugement semblable, la *pronuntiatio*, pour une foule de cas où il ne s'agissait ni d'argent ni de valeur pécuniaire. Le juge se bornait alors à décider qu'un individu était *servus*, *libertus*, *ingenuus*, etc. et abandonnait à la partie intéressée le soin d'en tirer et d'en réaliser les conséquences pratiques.

A côté de ces formes de jugements, mais seulement parmi les formes les plus récentes de la procédure des *legis actiones*, s'en présente encore une autre, la *condemnatio*. Là, la sentence judiciaire est conçue objectivement, libre au parties d'en tirer les conséquences pratiques, et de s'accorder, le cas échéant, sur la *litis aestimatio* ou l'évaluation de l'objet promis : ici, au contraire, le juge parle *relativement*, il *condamne* le défendeur et il fait lui-même en même temps la *litis aestimatio*, dans toutes les actions qui ont un objet évaluable en argent. En d'autres termes sa condamnation est, *à priori*, pécuniaire.

Le juge du droit ancien n'impose rien au défendeur, il ne lui donne aucun ordre au nom de l'État; il ne fait que donner

([120]) VALÈRE MAXIME. Lib. II. c. 8, § 2, nous apprend qu'il y eut procès sur une discussion entre un consul et un Préteur, sur le point de savoir lequel des deux pouvait se prévaloir d'une victoire navale, et auquel des deux par conséquent on aurait dû accorder les honneurs du triomphe; seulement, au lieu de l'ancienne forme du *sacramentum* on appliqua la forme plus récente de la *sponsio*. *Valerius sponsione Lutatium provocavit* : « *ni suo ductu Punica classis esset oppressa* ». *Nec dubitavit restipulari Lutatius. Itaque judex inter eos convenit Attilius Calatinus*. Ce dernier formule sa décision en ces termes : *secundum* TE LITEM DO.

aux parties le secours de ses connaissances juridiques. La langue a exactement exprimé le rapport qui existe entre l'action du juge et celle du demandeur. Le juge doit uniquement *dire le droit (dicere* V. note 109), de là son nom de *judex*, et il le fait en donnant son *avis (sententia)*. Le demandeur au contraire, est *celui qui agit* (*actor*); ([121]) il *agit* en réalité, car il met la *main* (*manum injicere, conserere; vindicare*), selon la diversité des procès, sur des personnes ou sur des choses (*agere in personam, in rem*). Le juge moderne, au contraire, décide; c'est lui qui agit; le demandeur n'agit point, il se plaint au juge, il lui *demande* son secours. Le demandeur romain n'a nul besoin de secours. Dans tous les cas où son droit est incontestable il n'a pas besoin du juge; il procède sur le champ à la justice privée. L'office du juge ne fut introduit à Rome que pour donner occasion aux parties de se faire montrer le droit, dans les cas douteux. Mais la sentence du juge ne produit aucun résultat que les parties n'auraient pu atteindre tout aussi bien par une autre voie, et le motif général de son action décisive n'est point dans le caractère public de l'office du juge, mais dans la volonté des parties. Le juge n'est donc qu'un arbitre (*arbiter*), et il y a une infinité de cas où il est désigné sous ce nom.

Jetons maintenant un regard rétrospectif sur le chemin que nous avons parcouru dans ce premier chapitre (§ 10 s.). Partis du point infime où le droit et la force se confondent dans la conquête des dépouilles de l'ennemi, nous sommes arrivés, en passant par la justice privée, au point où la force devient ineffi-

([121]) Ce mot *agere* se retrouve aussi dans *jurgare, litigare;* seulement il ne faut pas voir dans ce dernier mot un composé de LITEM *agere*, mais bien de LITE *agere*, de même que *jurgare* est formé de JURE *agere*.

cace à cause de la contestabilité du droit, et où la décision contractuelle des litiges fournit les premiers germes de l'organisation des fonctions judiciaires. Une seule et même idée a toujours dominé cette étude : celle que la force personnelle est la mère, et par conséquent aussi la protectrice légitime du droit. Cette force n'est point la violence physique, nue : le sentiment de sa légitimité l'élève au rang de force morale. Elle est une énergie active au service de l'idée juridique; bien plus, elle est le principe du droit privé lui-même, dans sa fraîcheur et sa vigueur originaires.

Cette idée de la justification de la force personnelle, créant et protégeant son champ d'action par son propre fait, est l'extrême minimum où peut commencer la formation du droit. C'est pour cela qu'elle pouvait et devait être placée en tête de notre étude. C'est de ce faible germe que s'est développé le droit chez d'autres peuples encore, mais nous n'avons pas partout, comme ici, le bonheur de pouvoir distinguer le germe originaire dans la fleur et dans le fruit. Bien des peuples, impuissants à concilier cette idée d'une manière durable avec le développement toujours croissant du principe de l'État, l'ont abandonnée; ils ont abdiqué avec découragement le sentiment de l'indépendance juridique individuelle, devant l'État, dont ils ont fait le créateur du droit subjectif. Mais cette idée s'est enracinée trop profondément, pour pouvoir jamais disparaître, dans la conception juridique des Romains, grâce à sa nature indestructible et à leur mâle sentiment individuel. L'instinct juridique des Romains sut la modeler avec une précision telle, qu'elle put se concilier même avec le plus haut développement de l'État.

CHAPITRE II. — *La famille et l'organisation militaire sont les points de départ de l'ordre politique*

Observation préliminaire

16. Nous n'avons parlé dans le chapitre précédent que de l'individu, non point que, dans notre pensée, il y ait jamais eu une époque où les principes juridiques dont nous avons traité aient pu suffire, mais nous avons uniquement voulu nous rendre compte de la part que le sentiment du droit individuel, et l'énergie subjective, ont eue dans l'édifice général du droit le plus ancien. Il ne peut être question *de droit* que dans la communauté. La communauté, avec les intérêts auxquels elle doit pourvoir, avec les buts qu'elle doit poursuivre, est pour le droit une source nouvelle et non moins féconde, que celle qu'il trouve dans l'individu. De même que dans le monde physique il existe des lois présidant à la combinaison des corps, de même dans le monde moral, il y a des lois qui régissent la réunion des individus. Dans toute communauté de ces derniers, fût-ce seulement celle de la famille, se trouve le germe et l'instinct de l'ordre; plus encore, il n'y a dans l'état passager de désordre et d'anarchie, dans les luttes, dans les convulsions et dans les tempêtes qui visitent la société, autre chose que la *recherche* de l'ordre, la fluctuation et l'effervescence des éléments qui se combinent légalement entre eux.

En ce sens, la formation de l'État, qui est la plus haute expression de la communauté politique, n'a besoin d'aucune explication. L'État est une nécessité de nature. Mais sans abandonner un instant cette conviction, nous devons, en tant que l'histoire nous le permet, pénétrer les idées qui ont influé

sur la formation originaire de l'État. Cela me paraît d'autant plus nécessaire, que sans cela, nous courrions le danger d'appliquer sans le savoir notre conception actuelle de l'État à des époques et à des circonstances, auxquelles elle ne convient en aucune manière. Les mots entraînent les idées. Lorsque nous désignons les organes de l'État romain antique par des expressions modernes, et lorsqu'en décrivant la constitution antique, nous parlons du *Roi*, du *pouvoir législatif du peuple*, de l'*office du juge*, etc., nous appliquons involontairement nos idées modernes, et partant erronées. Ce n'est point, en effet, l'apparence extérieure de ces institutions qui est décisive, ce sont les idées sur lesquelles elles se fondent qu'il faut prendre en considération. Or, l'idée que les anciens Romains se faisaient de l'État et de tout ce qui s'y rapporte, était toute autre que celle que nous nous en faisons aujourd'hui. Pour nous, l'État est complètement distinct des individus; pour les Romains anciens, il n'était que la collection de tous les individus; ce qui appartenait à l'État, leur appartenait, ses intérêts étaient les leurs, ce qui lésait l'État, les lésait eux-mêmes. — En un mot, la différence est d'une portée immense.

Découvrir cette différence d'idées dans toutes les institutions semblables en apparence, est à mon avis une des tâches les plus indispensables et les plus importantes de l'historien dans l'étude de la constitution antique de Rome, et le but déclaré de cet ouvrage me contraint à tenter de la remplir.

Je pars de l'idée que notre conception actuelle du rapport de l'État et de l'autorité avec le particulier, n'est que le produit d'un long développement, et que nous ne sommes nullement autorisés à considérer, dans les époques anciennes, l'idée de la supériorité de l'autorité sur le citoyen, comme une notion qui se comprend d'elle-même; nous avons, au contraire, le devoir d'examiner quand et comment cette idée a pu naître dans la communauté antique à Rome. Pour exprimer dès à présent l'idée fondamentale que j'expliquerai dans le présent chapitre, je me place à ce point de vue, que le rapport de coordination des

éléments particuliers, qui est l'origine de toute communauté, est aussi le rapport fondamental de la constitution antique de Rome, consistant dans la réunion politique des races sous l'unité de l'État, et qu'au contraire l'idée de la subordination des particuliers sous un pouvoir supérieur n'a apparu pour la première fois que dans la constitution militaire, pour être transportée de là dans les autres institutions. C'est une nécessité inéluctable qui fait disparaître ici le rapport de coordination, pour y substituer celui de la subordination.

La constitution politique antique contient, à mon avis, une combinaison de deux principes, l'un de coordination, l'autre de subordination. L'État antique a ses racines dans la famille; son sommet et ses branches se confondent dans la constitution militaire, en d'autres termes, les *gentes* et la position qu'occupaient les individus au sein de celles-ci, sont fondées sur l'idée de la famille; les curies, les tribus, avec leurs chefs, et le Roi, trouvent leur base dans l'intérêt militaire.

Le rôle que joue la famille dans la constitution antique s'écarte essentiellement de l'aspect qu'elle a pris dans le droit moderne. La famille est aujourd'hui un rapport de droit privé pur, sans aucune importance politique immédiate; elle n'a même rapport au droit que dans ses deux relations les plus étroites: la paternité et le mariage; le lien fraternel n'est déjà plus un rapport juridique. Au-delà de ces deux sphères, le droit abandonne la famille à elle-même, à sa propre force morale: l'amour. Mais l'expérience enseigne que cette force s'affaiblit à mesure que la famille s'élargit. L'amour recherche toujours les liens étroits, il ne peut embrasser tout l'arbre de la famille. Avec le décroissement rapide de l'amour et du culte de la parenté, se perd peu à peu leur souvenir même.

Il en est tout autrement dans les degrés inférieurs de la vie sociale. On peut, en général, affirmer avec certitude que l'organisation extérieure, juridique, de la famille, se présente en raison inverse de la maturité du développement de l'État; plus celui-ci est imparfait, plus celle-là est perfectionnée et vice

versa. Aussi longtemps, en effet, que la famille doit rester le *succédané de l'État*, une organisation incomparablement plus stable lui est nécessaire; que lorsque le développement complet des formes et du pouvoir de l'État la dispense de cette fonction. État en petit, il lui faut aussi la constitution d'un État; les liens de parenté ne peuvent être abandonnés à la liberté et à l'amour, ils sont des liens *politiques*.

Dans le cours des temps, la famille basée sur le principe de l'État se transforme en un État constitué sur le principe de la famille. Plusieurs familles se réunissent, la même famille devient une race ou souche qui se divise à son tour en plusieurs rameaux, en races et en familles. C'est ainsi que naît l'union politique des races, accumulation d'unités compactes, petites ou grandes, qui avaient dans l'origine la parenté pour principe. Le lien de ces diverses parties avec le tout est infiniment plus relâché que celui qui relie ces petites sphères entre elles. C'est dans ces dernières que réside la véritable force vitale de la constitution, elles sont des États en petit, qui se sont réunis en une confédération d'États.

L'union politique des races dans sa force juvénile, n'est pas seulement une forme déterminée d'union sociale, elle indique surtout une phase déterminée du développement politique et juridique. La fonction politique de la famille réagit sur son caractère de droit privé; au contraire, la forme de l'union des familles réagit sur l'esprit politique qui anime le tout. On en trouve la preuve dans les rapports avec les étrangers. Comme celui-là seul jouit de droits politiques, qui appartient à une souche ou race, et que les souches occupent pour ainsi dire tous les abords de l'État, l'étranger ne reçoit accès dans la société politique que s'il trouve accueil dans une souche. Mais cet accès n'est possible que dans des limites restreintes. L'union des races est obligée d'être exclusive, si elle ne veut concourir à sa propre ruine. Tel est le fo dement de l'opposition, qui a une importance si décisive pour tout le développement de l'union des races, entre les membres des races et les autres membres de l'État,

entre ceux qui participent activement au pouvoir de l'État, et ceux qui y sont soumis passivement. Plus cette dernière classe croît en force numérique et en prospérité, plus elle fait des efforts pour améliorer sa position juridique. Ces efforts et les frottements qui en résultent, ont pour le développement universel du droit et de l'État les conséquences les plus bienfaisantes : ils portent à leur plus haut degré d'intensité les forces existantes, et ouvrent une source inépuisable d'intelligence et d'énergie politiques. On a exactement dépeint ce rapport en le comparant *à deux meules superposées dont le mouvement produit la véritable vie politique* (122). On pourrait aussi rappeler les étincelles qui jaillissent du silex lorsque l'acier le frappe.

A côté de l'union politique des races, s'élève une autre émanation du principe de la famille : l'État patriarcal. La seule différence qui les sépare, c'est que dans la première, la famille n'est que la base juridique de l'État, tandis que dans le second, elle est le prototype universel de la constitution et de l'administration. Le rapport de subordination sociale est l'image du rapport qui existe entre le père et ses enfants. Le pouvoir du chef de l'État est une puissance paternelle élargie, et c'est dans cet esprit qu'il s'exerce. Ces deux émanations du principe de la famille peuvent concourir dans une seule et même constitution politique; l'union politique des races forme alors la ligne collatérale, la *fraternité* politique, et l'État patriarcal la ligne ascendante et descendante, la *patria potestas* politique.

Il est à remarquer que cette seconde émanation du principe de la famille n'apparaît que peu ou point à Rome. Les rapports de supériorité et de subordination qui lui sont propres,

(122) V. GÖTTLING. *Geschichte der Röm. Staatsverfassung*, p. 285. Mais lorsque cet auteur ajoute : « *jusqu'à ce que le frottement de la plus* DURE, *ou du principe plébéien, ait usé la plus fragile ou le principe patricien,* » cette image est très exacte pour des meules de pierre, mais elle ne peut assurément s'appliquer aux patriciens et aux plébéiens.

dérivent à Rome de la constitution militaire. Celle-ci est dans l'échelle des formes de la communauté politique, à un degré plus élevé que la constitution de la famille : d'abord parce qu'elle n'est pas un simple produit de la nature, mais une disposition voulue de l'homme, ensuite parce que, malgré la discipline sévère qu'elle introduit dans l'État, elle laisse un champ plus vaste à la liberté juridique privée, et ne confond point l'existence politique et privée de l'individu, comme le fait la constitution de la famille. La constitution militaire apparaît fréquemment comme forme de l'État, surtout associée à la propriété territoriale, comme dans la féodalité, par exemple chez les Germains et les Turcs. Quelquefois aussi elle est associée avec le principe de la famille, comme à Rome, et chez les Germains à leur première apparition dans l'histoire. Cette forme militaire est incompatible avec la forme de l'État patriarcal. L'hérédité des charges publiques, propre à cette dernière, serait en opposition directe avec ses intérêts, et l'esprit de la subordination politique qui résulte de l'une et de l'autre de ces deux formes, diffère complètement. Il est permis de supposer que partout où nous voyons, comme chez les anciens Romains et chez les Germains, la constitution militaire associée à l'union politique des races, la première a éliminé l'État patriarcal. L'union politique des familles qui dans l'origine réunissait en elle ces deux émanations du principe de la famille, se montra insuffisante dans la suite de la vie militaire. L'intérêt militaire devint prédominant, et fit que les dignités héréditaires de l'État patriarcal firent place aux emplois militaires conférés à la valeur personnelle; la division par races dut se soumettre aux exigences de la constitution militaire.

Abordons maintenant notre véritable tâche, et remarquons qu'elle ne consiste pas seulement à prouver que l'État antique de Rome reposait sur le principe de famille et sur la constitution militaire, mais encore à démontrer l'influence de ces deux éléments sur l'ensemble du droit. Nous suivrons dans ce travail l'ordre suivant :

I. *Le principe de la famille*

La réunion des *gentes*. — La *gens* est une famille en grand et un État en petit. — Son influence sur l'ensemble du droit.

17. L'union politique des races, à Rome, ressemble à une pyramide. Sa base est formée par trois cents *gentes*, qui produisent, en se resserrant par dégradations successives, trente curies, puis trois tribus, puis enfin le sommet personnel de tout l'édifice : le Roi. Nous n'avons à nous occuper ici que des *gentes*. Nous avons déjà fait remarquer, au paragraphe précédent, qu'elles seules appartiennent au principe de la famille; les curies et les tribus, de même que la royauté, appartiennent à la constitution militaire. On a contesté, il est vrai, que les *gentes* reposassent sur le principe de la famille ([125]); mais pour en arriver à cette conclusion, on a attribué de l'importance à ce qui n'en a point. Peu importe, en effet, que tous les membres d'une

---

([125]) Walter l'a contesté récemment de la manière la plus décidée, *Röm. R. G.*, 3ᵉ édit., § 14, mais il reconnaît en même temps que la réunion des familles est le prototype de la réunion des *gentes*. Les motifs qu'il allègue méritent assurément une réfutation, mais je ne puis m'en occuper ici. Walter n'a fait aucune attention à l'étymologie (note 124) et cependant elle a, à mes yeux, comme témoignage de l'antiquité, un poids infiniment plus considérable que les définitions des *gentiles* prises au point de vue du droit postérieur. Si l'on pouvait jeter dans la balance des expressions occasionnelles d'écrivains postérieurs, je pourrais invoquer à mon tour les expressions de Tite-Live, II, 48 : *velut* FAMILIARE *bellum*.

même *gens* aient eu en réalité le même auteur commun, que l'idée de la parenté se soit entièrement effacée dans le cours du temps, et que la *gens* se soit convertie en une corporation politique ordinaire. Ce qui est essentiel, c'est de constater si la *gens* dans tout son esprit et dans son organisation, repose originairement sur l'idée de l'union des familles. Il suffit d'un coup d'œil pour le démontrer avec une clarté évidente. La langue nous l'indique de la manière la plus nette dans le mot *gens* : genre ([124]).

Examinons d'abord l'organisation interne de la *gens*. La conclusion des explications qui suivent se résume en cette proposition : la *gens* est *l'identité de la famille et de l'État*, c'est, si l'on veut, une famille avec un caractère politique, ou une société politique avec une caractère familial. Elle sort de la famille et en conserve l'intimité; mais comme elle devient d'autre part une institution politique, ce caractère politique influe sur son côté familial, autant que celui-ci déteint sur celui-là. Ces deux caractères se croisent et se confondent de telle manière, qu'il est à peine possible de les distinguer exactement.

Le lien de la gentilité ayant perdu de bonne heure son importance essentielle, il n'est guère étonnant que les renseignements que nous possédons sur elle soient rares et incomplets. Mais il nous a été conservé quelques points saillants, qui, moyennant le secours d'autres analogies historiques et de la logique interne des choses, nous permettent de déterminer l'essence de ce lien. C'est ce que nous allons tenter.

Le lien qui forme la *gens* embrasse l'existence toute entière de l'individu. Tous les intérêts qui agitent sa vie, le reportent

---

([124]) *Gens*, *genus*, du sanscrit *dschan*, être engendré. Le mot *decuria* désigne la *gens* au point de vue de sa place dans l'organisation militaire. V. § 20.

vers elle, et trouvent en elle sinon une satisfaction complète, du moins des points d'appui. Le culte des dieux comme le service militaire et l'exercice des droits politiques, ne cessent de réunir les *gentiles*, et la mort même les réunit dans des sépultures héréditaires et communes. Ils se tiennent unis et rassemblés dans les moments les plus sacrés et les plus terribles, au temple comme sur le champ de bataille; l'honneur et la honte, le bonheur et le malheur, tout leur est commun; le lustre et la renommée de la *gens* profite à chacun d'eux; de même que leurs faits et gestes répandent sur elle de la lumière ou de l'ombre. Aussi la *gens* prend-elle le plus vif intérêt au sort et aux actions de l'individu; il n'est point, en effet, lié à elle par le lien relaché d'un membre de corporation, qui n'a que des droits communs à exercer avec elle, mais par le lien d'un membre de famille dont le bien et le mal, la honte et l'honneur intéressent toute la famille.

Cela se manifeste d'une double manière : dans le droit de chaque gentil vis-à-vis de la *gens*, et dans le droit de celle-ci vis-à-vis de lui. Le premier consiste dans le droit à la protection et au soutien, le second dans les restrictions auxquelles chacun des gentils est soumis dans l'intérêt de la *gens*.

L'obligation réciproque des parents de se soutenir mutuellement est un des corollaires les plus naturels et les plus réguliers du principe de famille. Diverse est la forme et la mesure dans laquelle elle se traduit chez les divers peuples; tantôt elle va jusqu'à la vengeance sanglante, tantôt, comme chez les Germains par exemple, elle se manifeste dans l'obligation de fournir une partie du prix du sang ou du *Wehrgeld* (125).

En ce qui concerne l'étendue de cette obligation dans le droit

(125) V. VON SYBEL, *Entstehung des deutschen Königthums*, p. 20 s. et WAITZ, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. I, p. 212-215, et appendice 1, de la caution commune *(Gesammtbürgschaft)*.

romain antique, personne ne contestera qu'elle renfermât avant tout le devoir de représentation *juridique*. Un exemple de son application nous est formellement attesté dans la tutelle ([126]). Lorsqu'il manquait un tuteur, on avait recours aux gentils.

Cela ne signifie naturellement pas que tous les membres de la *gens* administraient la tutelle, mais indique qu'ils confiaient la tutelle à l'un d'entre eux, en vertu d'un décret. Cependant la prévoyance de la *gens* ne se bornait pas à la *nomination* du tuteur, elle comprenait indubitablement aussi la *surveillance* de sa gestion. La *gens* mettait le tuteur incapable ou suspect en demeure de se démettre de ses fonctions, ou de les céder à un autre *(tutela cessicia)*; s'il résistait, elle pouvait certainement, à l'origine, prononcer elle-même sa révocation, et dans le droit postérieur, la provoquer, en autorisant un de ses membres à intenter l'*actio suspecti tutoris*. Cette action était une action populaire, que tout individu dans le peuple pouvait intenter. Le droit ancien en connaît encore plusieurs autres, au moyen desquelles un tiers pouvait de la même manière veiller aux intérêts d'autrui. Elles forment un contraste singulier avec la rigueur avec laquelle le droit ancien exige ailleurs la *legitimatio ad causam*, et je suis porté à y découvrir une nouvelle conséquence du principe de la famille ([127]). Lorsque quel-

([126]) Cicéron, de invent., II, 50, ne nomme, il est vrai, que la *cura furiosi* (V. aussi Varron, de re rustica I, c. 2. *Mente est captus atque ad agnatos et* GENTILES *est deducendus)*; mais le parallélisme constant du droit héréditaire et de la tutelle ne laisse aucun doute, que les gentils, de même qu'ils étaient appelés à succéder après les agnats, ne fussent également appelés à la tutelle après eux V. au surplus Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft*, t. I, p. 210 s.

([127]) Les jurisconsultes romains des temps postérieurs admettaient que le droit antique avait abandonné en cela son principe : *nemo alieno nomine lege agere potest*. Mais d'après la relation que nous cherchons à établir entre cette action et l'ancienne organisation de la gentilité, cette prétendue singularité viendrait à disparaître. La *gens* n'est pas irrégulièrement

qu'un n'était pas en état de se défendre, et que l'on ne pouvait suppléer à cette impossibilité par la nomination d'un tuteur, si ses plus proches parents, dans ce cas, ne prenaient pas soin de lui, c'était à la *gens* qu'incombait le devoir de lui accorder la protection nécessaire. C'est ce qui arrivait, par exemple, lorsqu'il était prisonnier de l'ennemi : dans ce cas sa fortune abandonnée sans surveillance, avait évidemment besoin de protection. Le droit postérieur l'accorde sous la forme d'une action populaire : l'*actio furti*, contre tout individu qui a distrait des choses faisant partie de cette fortune. Dans le droit antique c'était le lien de la gentilité qui pourvoyait à ce soin. Tel était encore le cas, lorsqu'un gentil était illégalement retenu en prison, à Rome même, soit prétendûment comme esclave, soit pour dettes. Si alors, il ne se présentait pas spontanément un *vindex libertatis*, il appartenait à la *gens* de veiller à ce qu'il s'en constituât un. En cela, elle ne poursuivait pas seulement son propre intérêt, elle remplissait en même temps une obligation qui lui était propre.

C'est encore à ce même point de vue qu'il faut rattacher la vengeance que la *gens* avait à tirer du meurtre d'un de ses membres, lorsque celui-ci n'avait point de proches parents, ou que ces derniers étaient incapables de venger sa mort. Même à l'époque postérieure, c'était une obligation imposée aux parents de poursuivre le meurtrier par les voies légales ; mais ce qui se faisait plus tard sous la forme d'une action, s'obtenait à l'origine au moyen de la justice privée.

On peut reconnaître encore une trace de l'ancienne vengeance du sang, dans une institution que l'on attribue à une loi sup-

autorisée à intenter une action pour un de ses membres sans défense, mais elle est *obligée* d'avoir soin de lui. L'action intentée est donc avant tout un *droit et un devoir* pour la *gens* même, et ce n'est qu'indirectement qu'elle profite à l'intéressé.

posée de Numa ([128]). Celui qui avait tué un homme par imprudence, devait donner aux parents de celui-ci un bélier; c'était le bouc émissaire qu'ils sacrifiaient à la place du coupable ([129]). Le sang versé réclamait du sang; si les parents avaient pareil droit en cas d'homicide involontaire, ils l'avaient à plus forte raison en cas de meurtre.

De même que l'impuissance d'un gentil à se venger lui-même ou à faire valoir lui-même son droit, obligeait la *gens* à le venger ou à l'assister, de même aussi l'insolvabilité d'un gentil imposait à la *gens* l'obligation de venir à son secours. Les classiques ([130]) nous l'attestent pour le rachat des prisonniers de l'ennemi, pour les contributions publiques graves et extraordinaires, et même pour les amendes infligées à un gentil. Il n'est pas possible de déterminer avec certitude si cette obligation était plutôt morale que juridique, et si dans ce dernier cas elle pouvait même être réclamée par des tiers, comme apparaissait chez les Germains le devoir de contribuer au *Wehrgeld* ([131]). On ne sait pas, en un mot, si cette obligation contenait une obligation

---

([128]) SERV. *ad.* VIRG. Eclog., IV, 43. *In legibus Numae cautum est, ut si quis imprudens excidisset hominem pro capite occisi agnatis* (au lieu de *et natis* comme le porte le manuscrit, d'après l'heureuse conjecture de HUSCHKE) *ejus in concione offerret arietem.*

([129]) FESTUS. *Subigere arietem in eodem libro Antistius esse ait dare arietem, qui pro se agatur, caedatur.* Cependant on n'est pas d'accord sur la destination de la victime, v. REIN, *das R. Kriminalrecht*, p. 403. L'opinion adoptée ici est celle de ED. PLATNER. *Quaest. de jure crimin.*, p. 37. Le bélier apparaît encore ailleurs comme tenant la place du coupable, v. par exemple ARNOB. *adv. gent*, V, c. 21.

([130]) V, les preuves dans WALTER, *Röm. Rechtsgeschichte*, 3e édit., § 15, notes 28-30. Ce devoir se représente au reste aussi pour les clients et les tribules, voir par exemple TITE-LIVE, V, 32 : *accitis tribulibus clientibusque quum responsum tulisset : se collaturos quanti damnatus esset*, ibid. XXXVIII, 60.

([131]) Sous ce rapport le droit anglo-saxon est allé le plus loin de tous,

éventuelle de garantie de la part de la *gens*. Mais on peut admettre pour certain, que c'était une question d'honneur pour la *gens* de ne pas abandonner ses membres tombés sans leur faute dans la misère, par exemple incarcérés pour dettes. En fait, il était indifférent qu'ils fussent prisonniers de l'ennemi ou qu'ils languissent dans les prisons de Rome, attendant le moment d'être vendus *trans Tiberim*.

Le secours nécessaire était réuni soit au moyen de dons volontaires, soit au moyen d'un décret de la *gens*. Il est probable que le patrimoine de la *gens*, dont il sera parlé plus tard, était aussi mis à contribution dans ce but.

Ce devoir d'assistance réciproque qu'on pourrait appeler une assurance mutuelle contre la misère et les injustices, donnait une prépondérance extraordinaire aux patriciens sur les plébéiens, et la raison de leur force de résistance invincible résidait peut-être autant dans cette confraternité juridique privée, que dans leur position politique dominante.

Il est évident qu'à ce droit de l'individu vis-à-vis de la *gens*, devaient correspondre des restrictions et des devoirs qui lui étaient imposés à lui-même.

Tout ce qui concernait l'individu se rapportait à la *gens* : de même tout ce qui concernait celle-ci, intéressait directement l'individu. Les deux faces de ce rapport étaient des conséquences de la même idée fondamentale, et l'une était la condition de l'autre.

Le fond de ces restrictions, que nous devons maintenant apprendre à connaître, consiste dans le rapport de coordination de tous les gentils, qui entraîne des droits et des obligations réciproques. Je dois d'autant plus insister sur cette observation, que les apparences semblent la contredire, et que l'importance

car il tenait pour responsables du tiers, éventuellement même de la moitié du *Wehrgeld*, non-seulement les parents mais les *gegyldan*, c'est-à-dire d'après l'expression excellente de Sybels, les remplaçants des anciens gentils.

de la conception exacte de ce rapport s'élève de beaucoup, à mon avis, au-dessus de la sphère étroite de la *gens*. Nous verrons dans le paragraphe suivant, que le rapport des particuliers, comme celui de la *gens*, avec l'État, est aussi un rapport de coordination, et que la subordination n'apparaît que dans l'organisation militaire. Comme l'État n'est qu'une *gens* avec des proportions plus étendues, et que l'on peut appeler la *gens* un État en petit, il faut que nous nous rendions exactement compte, dès à présent, de ce rapport universel de la communauté politique. Les restrictions que nous trouverons pour la *gens*, nous les verrons se reproduire pour l'État : mais soyons persuadés, dès maintenant, qu'elles ne reposent point sur l'idée de la *subordination* politique.

La *gens* n'est autre chose que l'universalité des gentils, et l'expression : *gentiles* qui les désigne, exprime en un seul mot sa véritable essence. Si la *gens*, en effet, n'est que l'universalité des gentils, elle ne peut avoir une puissance supérieure à la leur : en d'autres termes, chacun de ses membres n'est pas le *sujet* de la gens, mais est l'*égal* de tous les autres gentils. Ce rapport ne change point parce que les gentils élisent l'un d'entre eux (*decurio*) pour les présider. En dehors de ses fonctions militaires, dont il porte le nom, ce président n'a aucun ordre à donner, il n'a qu'à conduire les délibérations de la *gens* et à offrir les sacrifices en son nom. La conservation du lien de famille originaire dans la *gens*, se restreint au maintien des rapports de *fraternité* des gentils. La *patria potestas* n'a été imitée politiquement ni dans la *gens* ni dans l'État.

Si ce rapport de coordination fraternelle impose des restrictions à l'individu, il ne faut voir dans ces dernières que la compensation des avantages qu'il retire de ce rapport ; elles n'ont pas un caractère autre que les restrictions auxquelles se soumet toute personne qui veut entrer dans une association de droit privé, ou qui conclut simplement une convention. Si un membre d'une association pareille, se rend, par sa conduite, indigne d'en faire partie, quoi de plus naturel que de l'en exclure ? Il n'y a

pas autre chose dans l'autorité censoriale de la *gens*, et le seul exemple qui nous en ait été conservé est la condamnation de la mémoire d'un gentil proclamé indigne, après sa mort, et la défense de porter son nom à l'avenir. On a conclu de là, et l'on en avait assurément le droit, que ce membre de la *gens* aurait, pendant sa vie, été puni par l'exclusion de la *gens*. La relation étroite des gentils et la solidarité de leur honneur rendaient nécessaire ce soin de la pureté morale et de la renommée de leur association.

Une peine plus légère était l'exclusion du culte de la *gens*. Aucun témoignage ne vient attester l'existence d'autres peines, mais les deux précédentes permettent indirectement d'en supposer d'autres encore comme possibles. Lorsque la *gens*, par exemple, avait infligé une amende à l'un de ses membres coupable d'une faute envers elle, rien ne forçait ce dernier à se soumettre spontanément à cette décision. Comment ses associés auraient-ils pu le *punir ?* Comment lui auraient-ils enlevé une partie de son avoir? mais de leur côté ils pouvaient déclarer qu'ils ne voulaient plus tolérer son assistance aux cérémonies du culte, ni même sa présence au milieu d'eux. Cette disposition négative était un moyen de contrainte indirect pour l'exécution de la peine positive. L'exécution dépendait ainsi du choix du coupable lui-même, de son acquiescement. Je dois faire remarquer ici, où nous rencontrons pour la première fois la peine comme institution du droit public, qu'elle aussi reste conforme à ce principe fondamental que nous avons établi au chapitre précédent : que la volonté subjective est la source originaire des droits et des obligations. Le coupable se soumet à la condamnation de la *gens*, parce que s'il ne le fait point, il doit s'attendre à être exclu de son sein (132).

(132) On trouve la même situation dans un autre cas dont parle Cicéron, pro Caec. c. 33 et 34 : *Quam multam si sufferre voluissent, tum manere in civitate potuissent*. Un autre point très caractéristique de la manière

Ce moyen de punition négatif compensait ainsi complètement l'absence d'un pouvoir criminel positif chez la *gens*, ou plutôt il impliquait ce pouvoir, dans ses conséquences, de la même manière que l'excommunication, au moyen-âge, impliquait le droit de punir de l'Église. La *gens* acquérait ainsi le moyen d'exercer un pouvoir censorial sur chacun de ses membres, et de restreindre indirectement, de la manière la plus efficace, la liberté en quelque sorte illimitée — en théorie — de l'individu. Il est permis de croire qu'il en a été fait un large usage. C'était là une idée véritablement romaine : la liberté individuelle ne devait pas être juridiquement restreinte à cause d'un abus possible, mais les abus devaient être empêchés d'une autre manière par la police des mœurs accordée au censeur. Si cette ingérence du censeur dans la vie privée, si étrange au point de vue de nos idées modernes, ne répugnait pas au sentiment romain, même à l'époque du plus grand développement de la liberté, elle est encore bien plus conforme aux idées de l'époque ancienne. Ce qui l'explique, c'est que d'une part cette idée générale est patriarcale et d'une simplicité primitive; que d'autre part, et surtout, le pouvoir censorial est infiniment plus conforme à l'ancienne constitution de la gentilité, qu'à la constitution postérieure. Qu'un fonctionnaire public demande compte au citoyen de sa négligence, de sa légèreté, etc., le fait est bien plus pénible, il porte une atteinte bien plus directe à la sphère juridique du particulier, que lorsque ce sont des associés qui s'en chargent, appelés eux-mêmes pour le soutenir en cas de besoin. Pour ceux-ci, c'est un moyen de sécurité commandé par leur propre intérêt et par le soin de la bonne renommée de leur association; ce sont des membres de sa famille

de voir de l'époque antique, c'est que la peine que celui qui prête serment appelle sur sa tête pour le cas de parjure, consiste aussi dans l'*exclusion*. FESTUS, sub Lapidem : *Arce bonisque ejiciat*. V. pour plus de détails, POLYBE, III, 25, ἐπὶ τῶν ἰδίων βίων, ἱερῶν τάφων ἐγὼ μόνος ἐκπέσοιμι. DANZ, *Der sacrale Schutz*, p. 13 s.

qui lui donnent un avertissement, aucun tiers n'intervient. Le pouvoir du censeur sur les mœurs a son principe naturel et originaire dans la famille.

Je suis donc bien éloigné de ne dater l'introduction de la police des mœurs à Rome que de l'établissement de la censure. Cette dernière ne m'apparaît que comme la forme successive d'une institution de la plus haute antiquité, que l'État a rendue commune aux plébéiens et aux patriciens, tandis que jusque là elle se rattachait uniquement à l'organisation patricienne de la gentilité. Ce qui est significatif, c'est que la censure fut introduite deux ans après la *lex canuleia*, qui permit le *connubium* des plébéiens et des patriciens, et qu'elle gagna en force et en influence à mesure que celles de l'antique constitution de la gentilité déclinaient. Après que cette loi eût brisé les barrières qui séparaient les familles patriciennes et plébéiennes, la censure introduisit le germe de l'application universelle de cette police des mœurs, exclusivement patricienne à l'origine. L'idée était antique, mais la forme était neuve; elle se justifiait par le défaut du lien de la gentilité chez les plébéiens. Les peines que le censeur avait le pouvoir d'appliquer revêtaient le même caractère que celles que la *gens* pouvait provoquer, notamment l'exclusion (de la tribu, du Sénat, du corps des chevaliers). Elles reposaient sur la même idée que ces dernières : sur l'idée que la communauté n'a point le droit de punir l'individu à cause de son *indignité*, mais qu'elle a celui de le répudier.

Cette particularité caractéristique des peines censoriales peut être présentée comme argument nouveau à l'appui de mon opinion ([133]). Mais le fondement véritable et essentiel de cette opinion est que la police des mœurs romaines est si bien une émanation du principe de famille, que l'exercice qui en était fait par le censeur, non-seulement nous autorise à conclure que

([133]) La décision de la *gens*, comme celle du censeur, est appelée *nota*. TITE-LIVE, VI, 20, *gentilicia nota adjecta*.

la *gens* aussi la mettait en pratique autrefois, mais qu'elle-même ne devient compréhensible que grâce à sa connexion avec la famille. Ce pouvoir du censeur ne put s'enraciner que parce qu'il fut recueilli comme une tradition antique et une coutume de la *gens*. Il avait dû se former et se développer sur le terrain de la gentilité, pour pouvoir se maintenir en dehors de celle-ci.

D'après ce qui précède, on ne peut hésiter à assigner à cette police des mœurs, dans sa forme originaire, des attributions égales au moins à celles qu'elle eut plus tard entre les mains du censeur. Or, on sait que le censeur demandait compte aux citoyens, non seulement de leurs actions déshonorantes ou immorales, mais aussi de leur conduite économique, irrégulière ou légère. On peut admettre que le censeur intervenait partout où quelqu'un avait violé la condition, tacitement imposée à chacun, de faire un usage digne et intelligent de la liberté illimitée que le droit accordait à tous. La censure servait ainsi de tempérament et de contrepoids (étrangers au droit privé) à cette liberté extrême. Nous pouvons donc reconnaître la même importance au pouvoir semblable qu'exerçait la *gens* dans les temps antiques. Ce pouvoir concilie entre eux et la moralité et le principe de la volonté subjective, qui renferme en lui la possibilité des conséquences les plus immorales. Il protège contre des traitements cruels et tyranniques les enfants, les femmes et les esclaves, que ce principe abandonne sans restrictions au pouvoir du chef de famille. Si le père ou le mari se croyait en droit d'exercer son *jus necis ac vitae*, rien n'était plus naturel que de réclamer l'assistance de la *gens*. L'on ne peut admettre que les tribunaux de famille de l'époque postérieure aient été le produit de cette époque ([134]); ils trouvent leur point de départ naturel dans l'organisation de la gentilité, dans la

([134]) V. KLENZE, *Zeitschrift für hist. Rechtsw.*, t. VI, p. 21 s.

police morale de la *gens*, ainsi que dans le devoir qui lui incombait de prendre soin aussi de ceux de ses membres soumis à la *patria potestas*. La *gens* invite le dissipateur, qui, d'après la logique du principe de propriété, pourrait dissiper le patrimoine de ses pères, à se souvenir de ses devoirs envers les siens. S'il néglige l'avertissement, elle lui enlève l'administration de ses biens au moyen de la *cura prodigi*. Il est superflu de faire remarquer que cette dernière est une émanation et un reste du principe de famille : à la fois elle garantit aux proches parents du dissipateur l'hérédité de celui-ci, et protège la *gens* contre le danger de le voir lui-même tomber à sa charge.

Il importe, enfin, de remarquer la haute importance politique de cette police morale de la *gens*. Elle avait une valeur capitale pour la puissance que les patriciens devaient à leur groupement en corporation. La classe qui se tient en masse serrée, qui soutient ses membres en cas de besoin, aura toujours une grande prépondérance sur toutes les autres. Mais cette prépondérance ne peut se conserver d'une manière durable contre l'opposition qu'elle rencontre toujours au dehors, que si elle est justifiée par un degré plus élevé d'honneur et de pureté morale. La police morale de la corporation sur ses membres, lorsqu'elle-même est animée d'un bon esprit, est un moyen infaillible pour parvenir à ce but. C'est, en effet, à la police morale de la *gens* qu'il faut attribuer cette simplicité et cette pureté des mœurs patriciennes ; la haine de parti des plébéiens elle-même n'osait contester ces vertus ([135]) qui devaient, comme on peut le comprendre, donner une autorité extraordinaire à la situation politique des praticiens. L'instinct pratique des Romains avait

([135]) Les plébéiens ne leur reprochèrent jamais de manquer de *sanctitas* ou de *castitas*. V. Rubino, *Untersuch über röm. Verfass. und Geschichte*, t. I, p. 230, note 3. Il cite le témoignage de Cicéron, *de Republ.*, II, 34 : *quum honore longe antecellerent ceteris, voluptatibus erant inferiores.*

reconnu dès le principe que la liberté, pour être une puissance, doit s'imposer à elle-même des bornes. Ce sentiment indomptable, d'où procédait le principe de la volonté subjective, ne s'effrayait point de voir son exercice soumis à des restrictions, qui à notre faible sentiment de personnalité, lui-même, paraîtraient une insupportable tutelle. La différence essentielle, c'est qu'à Rome ces restrictions étaient l'œuvre de la volonté propre; elles étaient le prix, payé bien volontiers, pour avoir ce que le principe de la liberté ne pouvait donner : la protection, le secours et l'assistance des associés.

Examinons maintenant les autres restrictions qu'entraînait après elle la constitution de la gentilité. Il est inutile d'insister davantage sur le droit d'autonomie qu'elle accordait à la *gens*, si ce n'est pour dire qu'ici encore la force obligatoire de ses décisions doit être attribuée à l'obligation contractuelle réciproque de ses membres. Ces décisions sont, pour l'*efficacité*, semblables à des lois; pour la *forme*, ce sont des conventions des *gentils* entre eux. A Rome aussi la loi est l'émanation du consentement de tous les particuliers, c'est-à-dire de notre principe de la volonté subjective, et nous tenterons, dans les paragraphes suivants, d'expliquer à ce point de vue le pouvoir législatif de l'État entier, comme nous venons de le faire pour celui de la *gens*.

Les restrictions qui nous restent à connaître, concernent le droit antique sur la famille et sur la propriété. Nous examinerons en même temps celles qui, sans être introduites directement dans l'intérêt de la *gens*, apparaissent cependant comme des conséquences ou émanations du principe de famille. Telles sont notamment les restrictions relatives au mariage. Dans le droit romain postérieur, le mariage est un rapport complètement profane et dépendant entièrement, quant à sa durée, du bon vouloir des époux. Dans l'État antique, qui reposait tout entier sur le principe de la famille, il était traité avec une gravité particulière. Le mariage était un acte religieux; sa dissolution n'était possible que dans un très petit nombre de cas, et seulement avec l'intervention des prêtres. Des témoins inter-

venaient, dans l'un comme dans l'autre cas; ils représentaient ou bien les dix *gentes* de la curie, ou les dix curies de la tribu à laquelle appartenait le mari. Le concours de ces témoins exprime l'idée que le mariage du particulier a de l'importance et de l'intérêt pour toute la souche, qu'il est un évènement public. Peut-être aussi cette forme avait-elle pour but pratique de constater la possibilité juridique du mariage, et particulièrement l'existence du *connubium*.

Le droit romain antique ne se permettait point, à notre connaissance ([136]), de s'ingérer dans la sphère juridique privée, d'interdire sous la menace d'une peine les unions entre personnes auxquelles manquait le *connubium*; il se bornait à refuser à ces unions le caractère du mariage *romain*; c'est-à-dire que le droit de famille romain restait sans application à la femme et aux enfants, et que toute la descendance était exclue de la *gens*. Cette restriction n'est donc pas absolue, non plus; on s'y soumettait spontanément pour assurer à ses enfants le droit de gentilité.

L'idée du *connubium* est, au surplus, toute caractéristique au point de vue dont nous nous occupons en ce moment. Elle repose sur cette *horror alieni* qui est le revers d'une union de famille étroite, et sur la tendance de la *gens* à écarter tous les éléments étrangers et à se compléter par elle-même ([137]). Le *connubium*, selon son idée originaire, était restreint aux mem-

([136]) Comme le droit des peuples orientaux par exemple. Chez les Saxons mêmes, le mariage entre personnes d'une condition différente était défendu sous peine de mort. V. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. I, p. 84, note 2.

([137]) La restriction que les affranchis du sexe féminin ne pouvaient se marier hors de la *gens* reposait sur un autre motif, sur l'intérêt de la *gens* de conserver ces personnes sous sa dépendance. L'affranchie sortait de ces liens par son mariage avec un affranchi ou un *cliens* appartenant à une autre *gens*. De temps en temps cependant ces mariages étaient autorisés, (la *gentis enuptio*).

bres de l'union politique des races; hors de là, il devait être concédé ou convenu, même pour les peuples issus de souches parentes.

Lorsque la famille est libre et mobile, la fortune peut l'être aussi; lorsque mille liens enserrent la famille, il en est de même de la fortune. La constitution de la gentilité romaine ne pouvait se concilier avec la liberté de disposer de la fortune. Dans l'époque postérieure, cette liberté ne put s'établir que sur les ruines de la gentilité. Pour que la *gens* fût stable et ferme, il fallait qu'elle eût une base matérielle solide, il fallait qu'il y eût un certain lien assuré entre elle et les fortunes qu'elle renfermait. Nous avons déjà vu que la police morale de la *gens* était un moyen de prévenir la dilapidation des patrimoines, mais ce moyen n'avait qu'une efficacité restreinte. En effet, de quel secours pouvait-il être si un membre de la *gens* voulait passer avec toute sa fortune dans une autre *gens*, ou la donner par testament à des personnes étrangères? Si cela avait été permis sans conditions, la *gens* aurait pu s'appauvrir; car les charges des particuliers se seraient accrues d'autant, et la tentation de s'y soustraire en passant de l'une *gens* à l'autre, n'eût fait que grandir dans les mêmes proportions.

L'importance politique de la fortune a amené plusieurs auteurs à nier absolument la propriété privée du sol dans l'État antique, et à y substituer l'*ager publicus* (138). La conclusion me paraît dangereuse et je crois qu'elle dépasse le but (139).

(138) Admettre sur cet *ager publicus* un droit d'usufruit *héréditaire* et *aliénable*, c'est introduire sous un autre nom la propriété privée que l'on prétend nier. Au fond ce droit aurait été tout aussi bien une propriété privée, que le droit sur les fonds provinciaux, qui en théorie étaient propriété de l'État; et l'intérêt que la gentilité avait de se garantir contre la liberté d'aliéner entre vifs ou par testament était le même, et devait lui faire employer les moyens que nous expliquerons plus loin.

(139) Huschke l'a fort justement, à mon avis, désignée comme une erreur fondamentale de Niebuhr.

Nos sources contredisent cette opinion, bien plus qu'elles ne la confirment (140). Même abstraction faite de ce point., il faudrait avoir les raisons générales les plus pressantes, pour pouvoir dénier la propriété la plus importante, celle du sol, à un peuple chez lequel le principe du droit privé apparaît, dès l'origine, avec la plus grande énergie et la plus grande précision. Ce droit de propriété se montre, dès la loi des XII tables, avec une forme déjà parfaite (141), on n'y trouve ni une trace, ni un écho, même le plus faible, de cette prétendue situation antérieure.

Le *principe plébéien* auquel on attribue l'origine de la propriété privée sur le sol, avait-il donc à l'époque de la loi des XII tables, vaincu le principe patricien si complètement et depuis si longtemps, qu'il n'en serait pas resté le moindre souvenir ? Et cela serait arrivé pour la propriété du sol, et pendant la floraison de cette idée, que c'était la race qui était le principe constitutif de l'État ? — deux rapports où plus que partout ailleurs devait s'affirmer doublement et plus fortement encore cette force conservative si connue des idées juridiques romaines ! Ajoutons que cela aurait dû se faire par les plébéiens ! eux qui vivaient alors encore dans une position si humble et si opprimée, et qui n'avaient aucun intérêt à imposer aux patriciens la propriété privée du sol, que seuls ils étaient prétendûment à connaître.

Cette opinion n'est donc qu'une accumulation d'impossibilités. Elle répugne au caractère constant de la formation du droit romain, car elle suppose qu'il a complètement abandonné, cette seule fois-là, la lenteur, l'uniformité, l'intimité de son développement, qu'il a été infidèle à lui-même. Une institution aussi fondamentale que la copropriété universelle exclusive

(140) V. Walter, *R. Rechtsgeschichte*, 3e édit., § 18.

(141) Je rappellerai, par exemple, la disposition de la loi des XII tables sur l'usurpation de choses immobilières, sur les servitudes, etc.

aurait été en plein épanouissement au commencement de l'ère de la royauté, et à la fin de celle-ci elle aurait déjà été transformée de fond en comble! Cette révolution colossale de tout le système juridique — car elle n'est rien de moins — n'est motivée que par la vague hypothèse de l'existence d'un prétendu principe directement opposé. Ce n'est point la nécessité intrinsèque qui l'a produite, ni le simple développement du dedans au dehors, mais uniquement la force de l'exemple donné par la plèbe, et l'introduction voulue d'un élément étranger! Cette révolution aurait dû s'accomplir sans secousses, aucune trace n'en serait restée dans la mémoire du peuple, le droit n'en aurait pas conservé la plus lointaine réminiscence! Et la propriété libre et illimitée, telle qu'elle existait chez les plébéiens, se serait intronisée, sans que la gentilité, à laquelle elle donnait le coup de mort, se serait seulement défendue!

Non, c'est une erreur aussi grave de nier absolument la propriété privée originaire, dans le sein de l'union politique des races, que de tomber ensuite, sans transition, dans le système opposé d'une propriété privée complètement libre et sans restrictions. La vérité est au milieu de ces deux termes extrêmes. Le sol romain était régi, dès ces temps primitifs, par le principe de la propriété publique, et celui de la propriété privée soumise à des restrictions dans l'intérêt de la *gens*.

On connaît la propriété publique de l'État, l'*ager publicus*. Il est hors de doute pour moi que ce rapport n'était pas circonscrit originairement à l'État seul. Il se reproduisait au contraire, dans le sein de chaque *gens*; et même, au lieu qu'il se soit transporté de l'État dans la *gens*, c'est plutôt de la *gens* qu'il a été transplanté dans l'État. Il me suffira de rappeler que la *gens* représente l'État en petit; que les trois intérêts, politique, religieux et militaire, qui s'élèvent à leur point culminant dans l'État, se répètent tous les trois dans la *gens*, et que si l'existence de l'*ager publicus* était la condition nécessaire pour protéger ces trois intérêts dans l'État, elle doit avoir été pour le moins aussi indispensable dans la *gens*. Le centre

de gravité de l'État antique n'est pas tant en l'État lui-même qu'en la *gens*, et ses charges ne pèsent pas tant sur lui-même que sur les *gentes*; s'il fallait l'*ager publicus* au toit sous lequel il abritait toutes les races, et qui reposait sur elles comme sur autant de colonnes, la *gens* en avait un besoin bien plus grand encore.

L'usage qui se faisait des fonds des gentils, était peut-être divers; soit qu'il fût commun et gratuit pour tous les gentils, soit qu'il fût divisé et à titre onéreux, par exemple d'après une location faite entre eux au plus offrant. Il n'y a point de doute que les sépultures des *gentils* ne rentrassent dans la première espèce (142). Dans l'union politique des races germaniques, nous rencontrons ce système de location appliqué aux terres labourables (143); pour les pâtures c'était de loin le mode le plus naturel, et c'est un motif pour croire que les Romains l'employaient aussi (144).

Le droit postérieur n'a gardé aucun de ces rapports de communauté, à l'exception de la sépulture des gentils, mais il a conservé les *actions populaires* (145) qui en sont, à mon avis, une

(142) Göttling, *Gesch. der röm. Staatsverfassung*, § 40 *fine*.

(143) Cesar, de bello gallico, IV, 1. VI, 22. V. à ce sujet notamment von Sybel, *Entstehung des deutschen Königthums*, p. 51.

(144) *Ager compascuus*, V. Cic, Top., c. 3. Horace, Carm., II, 15, 13. *Privatus illis census erat brevis, commune magnum*.

(145) A côté des actions désignées par les Romains sous le nom d'*actio popularis*, dans lesquelles le demandeur garde pour lui ce qu'elles ont produit, il se rencontre une autre espèce d'actions, qui appartiennent également à tout homme dans le peuple, mais dans lesquelles le défendeur n'est pas condamné envers le demandeur mais envers le peuple, qui fait ensuite soutenir par ses fonctionnaires l'*actio judicati*, (comparez p. 164 s. plus haut). Th. Mommsen, *Die latin. stadsrechte der Gemeinden Salpensa und Malaca*, p. 461-466, et Geib, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, I, p. 69-73, 106-110, ont eu le mérite d'avoir les premiers fait remarquer cette espèce d'actions jusqu'ici perdues de vue (qui portaient il est vrai un autre nom chez les Romains, v. Bruns, *Zeitsch. für Rechtsgeschichte*, III,

conséquence indirecte importante, détachée de son lien avec la constitution de la gentilité. Ces actions sont un phénomène remarquable, non-seulement au point de vue de notre droit public actuel, en ce sens qu'au moyen de ces actions un particulier peut exercer une police, réglée par des principes spéciaux déterminés ([146]), mais encore au point de vue du droit romain, en ce que ce dernier, qui maintient, dans tous les autres cas, avec la plus extrême rigueur, le principe de la *legitimatio ad causam* du demandeur, accorde ici des actions qui, en apparence, n'offrent pas le moindre intérêt personnel pour le demandeur.

La surprise qu'excite ce phénomène disparaît lorsqu'on le met en relation avec cette communauté particulière du droit qui existait au sein de la gentilité. Les biens de la *gens* appartenaient conjointement à tous les gentils ([147]). Ce droit se distinguait de celui qui appartenait à chacun comme particulier, en ce qu'il n'était point exclusif, mais qu'il était indivis entre les associés, et ensuite en ce qu'il n'était pas aliénable, mais indissolublement lié à la qualité de membre de l'association — espèce de droit très répandue dans le droit germanique, mais

p. 370, 386 s. 401 s.). Bruns a eu le mérite d'avoir fait connaître exactement la distinction de ces deux espèces d'actions. — Comp. avec la dissertation suivante, qui se borne aux actions populaires dans le sens des Romains et qui est empruntée sans modifications de la 1e édition, le Tome IV, p. 110 s. 339.

([146]) Le droit romain donne ces actions populaires à tout citoyen contre celui qui a fait des changements contraires à la police, aux places publiques, aux chemins, aux eaux, etc., contre celui qui a pendu hors de sa fenêtre ou à son toit des choses qui menacent de tomber et d'obstruer le passage, etc.

([147]) Et non à la *gens* comme personne juridique ; c'est là une abstraction que l'intelligence juridique ne peut concevoir qu'à un certain degré de développement, et que nous ne pouvons point par conséquent attribuer à l'époque de l'enfance du droit. V. cependant IV, p. 342 n. 526 et p. 347 n. 538.

qui, dans la législation romaine postérieure, dut céder devant l'exclusivisme du droit (148).

Les actions populaires, d'après leur idée originaire, sont destinées à protéger ce rapport particulier de communauté indivise du droit. Chaque membre individuellement peut intenter l'action. Celui qui l'intente effectivement, par exemple, du chef de la violation d'une sépulture commune, représente, par cela même qu'il exerce son propre droit, l'intérêt de ses associés. Mais le fondement de son action réside dans son propre droit, et la circonstance que son activité profite en même temps aux autres, ne lui donne, en aucune manière, le caractère de la représentation (149). Ces actions, à raison de cette communauté de famille qu'elles sont appelées à protéger, peuvent donc être envisagées comme des conséquences du principe de famille (150). Lorsque les jurisconsultes romains postérieurs y voient une exception au principe : *nemo alieno nomine lege agere potest*, comme si le demandeur dans ces actions représentait les droits et les intérêts de l'État (151), cela est parfaitement exact au point de

(148) La propriété commune, indivise, de tous les membres d'une corporation, fut conçue plus tard comme propriété exclusive d'une seule personne juridique. Il viendra peut-être un temps où l'on reviendra en arrière, et où l'on cherchera à reconstruire juridiquement ce rapport naturel, en abandonnant la fiction. Si l'essai réussit pour le droit allemand, cela ne saurait rester sans influence sur le droit romain. (J'ai moi-même fait cet essai, IV, 340).

(149) On peut appliquer ici la disposition de la L. 12, *pr. de reb. auct. jud.* 42-5) : *aliquid ex ordine facit et ideo ceteris quoque prodest.*

(150) Une catégorie toute particulière et beaucoup trop négligée jusqu'ici, de ces actions, ce sont les actions populaires servant à venir au secours des personnes qui ont besoin de protection, par exemple, les impubères sous tutelle (*postulatio suspecti tutoris*, L. 1, § 6, *de susp. tut.* 26-10), les mineurs (*judicium legis Plaetoriae*, III, 118), et autres, III, 111 s.

(151) Gaius, IV, 82... *alterius nomine agere non licebat nisi* PRO POPULO. L. 1, *de pop. act.* (47-23) *popularem actionem, quae suum jus populi*

vue de la conception romaine moderne de ce rapport (théorie de la personnalité) : mais, d'un autre côté, à la différence de notre jurisprudence moderne (IV, p. 340 n. 524), les Romains n'ont jamais méconnu l'aspect réel de ce rapport (IV, p. 342 n. 526, p. 346 n. 536 à 538). De même que nous ne plaçons pas les choses des gentils dans la propriété de la *gens* considérée comme personne morale, mais dans celle des *gentils*, de même les *res publicæ* ne sont pas la propriété de l'État, mais celle de tous les sujets de l'État. Ainsi, par exemple, le particulier qui intente l'action pour dommage à une voie publique, se fonde sur son propre droit et sur son propre intérêt : seulement le rapport qu'il a avec la chose est moins étroit et moins évident que pour les fonds des gentils. En effet, plus s'étend le cercle des personnes appelées à cette jouissance commune et indivise et autorisées à l'exercer par voie d'action, plus l'idée que chacun ne fait ici qu'exercer son propre droit peut échapper à l'attention.

A côté de la propriété commune des gentils, il y avait aussi, comme nous avons cherché à le prouver plus haut, la propriété privée des meubles et des immeubles. Nous avons vu déjà que l'indépendance avec laquelle se développe plus tard l'idée de la propriété, était incompatible avec la constitution de la gentilité. Il est impossible de préciser les restrictions auxquelles était soumis, dans l'intérêt de la *gens*, le droit de disposition du propriétaire quant à l'aliénation des choses particulières (152).

Je crois, au contraire, pouvoir démontrer que la *gens* était garantie contre le danger de perdre toute une fortune. Une

(— *of*) *tuetur*. L. 8, § 3, de *O, N. N.* (39-1)... *alieno jure contendo, non meo*.

(152) Nous avons parlé plus haut déjà, de la cessation absolue du droit de disposer, par la *cura prodigi*. Rudorff, *Schriften der röm. Feldmesser*, II, p. 303, admet que dans les temps antiques les lots immobiliers romuliques originaires étaient des biens propres, c'est-à-dire inaliénables ; les deux motifs qu'il allègue sont très faibles.

perte pareille était possible pour elle de deux manières, soit par la sortie de ses membres du cercle de la gentilité, soit par leurs dispositions testamentaires. En ce qui concerne le premier cas, le droit romain partait du principe que le citoyen était en tout temps libre de sortir du lien de l'État, et que par ce fait, ses droits comme ses devoirs cessaient envers l'État et envers les particuliers. La *gens* ne pouvait, à son point de vue, mettre aucun obstacle à la renonciation au droit de cité ; elle n'était plus en droit de rien exiger de celui qui ne lui demandait plus rien.

Cette liberté d'émigration n'entraînait aucun danger particulier (§ 19). Mais il en était autrement lorsque quelqu'un voulait abandonner sa *gens*, non pour renoncer à son droit de cité, mais pour passer dans une autre. Ce passage se faisait au moyen de l'arrogation : dans ce cas celui qui voulait sortir de sa *gens* se faisait accepter comme fils par un membre d'une autre *gens*. Sa fortune entière était par ce fait dévolue à son père adoptif, et échappait par conséquent à la *gens* à laquelle il avait appartenu jusqu'alors (153). La même chose pouvait arriver lorsqu'un gentil instituait pour héritier un membre d'une autre *gens*. Dans ces deux cas cependant, selon le droit ancien, cette disposition ne dépendait complètement ni du consentement de la *gens* favorisée, ni de la volonté du sujet. Le système de la garantie publique (§ 18) donnait au peuple un moyen d'aplanir le conflit entre l'intérêt de la *gens* et la volonté d'un de ses membres, en faveur de l'une ou de l'autre partie, selon l'occurrence. Des circonstances pouvaient se présenter où ces deux mesures étaient entièrement justifiées et conformes à l'intérêt de l'État; il pouvait se faire aussi que l'opposition de la *gens*

(153) La *datio in adoptionem* pouvait également produire le passage dans une autre *gens*, mais la fortune n'y suivait pas la personne, car le fils de famille ne pouvait avoir aucune fortune; aussi n'imposait-on, dans ce cas, aucune restriction à la volonté du père.

méritât d'être sérieusement prise en considération. La délibération qui devait précéder le vote du peuple donnait aux intéressés, y compris les créanciers en cas d'arrogation, l'occasion de défendre leurs intérêts.

Nous avons jusqu'ici expliqué l'organisation interne de la *gens*, et c'est, en effet, la partie essentielle de la constitution de la gentilité. Il suffira de quelques mots, dans l'intérêt du but que nous poursuivons, pour expliquer le rapport des *gentes* avec l'État. Ce dernier est une fédération d'États qui trouve sa raison dernière dans les *gentes*. Les droits et les charges de l'État sont repartis d'après les *gentes*; l'Etat n'a aucune relation politique immédiate avec le citoyen isolé. Les curies et les tribus sont des agglomérations de *gentes* dont je trouve la cause originaire dans l'intérêt de la constitution militaire; leur importance politique et leur cohésion comme corporations ne peuvent être comparées à celles des *gentes*. Ces dernières sont moralement et juridiquement organisées d'une manière plus solide. Le lien devient plus relaché à mesure qu'il s'élève; l'État ne se trouve point *au-dessus* des *gentes*, il consiste *dans* les *gentes*; son pouvoir n'est que la somme de leurs pouvoirs. De même que la *gens* ne constitue qu'un rapport de coordination des gentils, de même l'État ne constitue qu'un lien de coordination des *gentes* isolées. Il me semble plus opportun de remettre au paragraphe suivant le développement de cette idée, et je me contenterai, avant de laisser là la *gens*, d'insister encore sur la réaction qu'elle a exercée, à mon avis, sur la famille.

Dans le droit romain antique, la famille s'est beaucoup éloignée de sa base naturelle, la parenté du sang. La simple parenté du sang y est un fait assez indifférent, la parenté civile, les agnats, ont pris le pas sur la parenté du sang, sur les cognats. L'agnat le plus éloigné et les gentils excluent de l'hérédité le fils émancipé, à la mort de son père, et le petit-fils, à la

mort de son grand père maternel. A ces deux personnes, si proches parentes du défunt, peut-être même ses seuls descendants, le droit ne reconnaît aucun droit héréditaire, même à défaut d'autres descendants ; il ne voit en eux que des étrangers. Cette rigueur apparente était une conséquence de l'organisation formaliste des rapports de parenté, nécessitée par leur fonction politique dans la constitution de la gentilité. Comme la famille y devient une corporation politique, elle accueille nécessairement dans son sein des éléments, et elle se soumet à des restrictions qui n'ont rien de commun avec son essence originaire. Il se prépare ainsi une scission : la possibilité d'une séparation de la famille naturelle et de la famille juridique prend naissance. Tandis que celle-ci est dotée des avantages juridiques les plus essentiels du rapport de famille, celle-là en est privée et reste livrée à la libre influence de l'amour individuel [154]. A la suite de l'opposition qui existait entre l'amour naturel de la famille et les dispositions du droit qui le régissaient, s'élevèrent des tendances dont le but était de restituer à la famille naturelle, au moyen d'actes juridiques, ce que la loi lui refusait, et notamment de lui rendre le droit héréditaire, au moyen du testament. Chez les peuples antérieurs à Rome, la famille était un obstacle à la liberté testamentaire, chez les Romains au contraire elle la favorise par sa dislocation partielle. Tout au moins trouve-t-on dans la famille une raison suffisante pour motiver à Rome le besoin des testaments. A son défaut il faudrait renoncer à en expliquer la nécessité, et admettre que les testaments trouvent leur origine, non dans un intérêt moral, mais dans l'arbitraire, dans une révolte contre le rapport que l'on voit admis chez tous les peu-

(154) De là aussi la distinction linguistique rigoureuse entre les oncles et tantes, grands oncles et grandes tantes paternels et maternels (*patruus*, *amita* — *avunculus*, *matertera*).

ples entre le droit héréditaire et la famille. Dans le doute, on peut supposer qu'une institution juridique doit avoir fait sa première apparition au moment où le besoin en était le plus urgent. Nous avons découvert un moment pareil pour le testament romain. Nous croyons qu'il est plus vraisemblable d'admettre que le même motif moral auquel le droit héréditaire en général doit son existence, l'amour de la famille, a également engendré les testaments, que de supposer qu'ils n'aient été que le produit de l'arbitraire.

L'État au point de vue du principe subjectif. — La société publique des individus. — La vengeance est le fondement du droit de punir, la convention est celui du pouvoir législatif et judiciaire. — *Lex* et *jus*. — Dualisme des droits reconnus par l'État et des droits purement subjectifs.

18. L'ordre que nous avons constamment suivi nous a conduits de l'individu à la *gens*, en passant par la famille. Si nous franchissons maintenant un dernier pas, celui qui sépare la *gens* de l'État, ce n'est pas tant le point auquel nous parviendrons qui doit attirer notre attention, c'est-à-dire la constitution antique de l'État romain, objet de tant de controverses, que le chemin même que nous devons parcourir pour atteindre à ce but. Le problème que nous avons à résoudre est celui-ci : L'État est-il, en présence des idées que nous avons développées jusqu'ici, un pas ou un saut, en d'autres termes, l'État peut-il être construit au moyen de ces idées, ou contient-il quelque chose de spécifiquement nouveau ?

La question peut paraître étrange. En effet, pourrait-on dire, l'État n'est-il pas toujours, vis-à-vis des individus, quelque chose de spécifiquement nouveau? N'est-il pas une puissance distincte et supérieure, agissant au moyen de ses organes et de ses représentants propres, un être d'une espèce plus élevée ayant des buts et des moyens plus élevés? Tel est, sans doute, l'État dans le présent, mais il n'y a rien de plus erroné que de concevoir ainsi l'État partout où on le rencontre dans l'his-

toire. L'idée de l'État, comme l'État lui-même, est le résultat d'un long enchaînement historique. Concevoir l'État tel que nous le voyons exister, fonctionner aujourd'hui, nous paraît chose si naturelle, que nous nous empressons de commettre l'erreur d'appliquer cette même conception au passé. Les notions de l'antiquité sur l'État étaient cependant complètement différentes des nôtres. Un seul et même objet exprimé dans des langues différentes peut recevoir sa dénomination d'après des points de vue très divers. Le Romain, par exemple, se servant du mot latin, pouvait se représenter un objet sous une toute autre face que nous, en employant l'expression correspondante dans notre langue. Tel est précisément le cas pour l'État, pour ses pouvoirs et ses fonctions. *Civitas, respublica* ont le même sens que pour nous le mot : État. Nous traduisons *lex* par loi, *judex*, par juge, *poena*, par peine, etc., et il nous paraît tout naturel de doter l'État romain antique du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, puisque nous y rencontrons des *lois* et des *juges*. Mais à ces expressions modernes reste attachée toute la conception politique de notre siècle, et sans le savoir, nous introduisons avec elles, dans l'État romain, un élément qui lui est complètement étranger.

Je combattrai constamment cette erreur dans ce qui va suivre. J'espère démontrer que l'État romain antique reposait sur des idées tout autres que celles que nous attachons à l'État; que les Romains se représentaient dans les expressions *res publica*, *jus publicum*, *judex*, *poena publica*, etc., tout autre chose que nous, lorsque nous employons les expressions correspondantes de notre langue. A mon avis, le principe de la volonté subjective (§ 10-15), dominait toute la conception romaine de l'État, et nous chercherons dans la suite à la reconstituer sous ce point de vue. Il est possible que cette tentative ait d'abord l'apparence d'une démonstration *à priori*, mais j'espère que cette apparence disparaîtra de plus en plus à mesure que j'avancerai, et je croirai avoir pleinement atteint mon but, si l'on m'accorde seulement, à la fin, la *possi-*

bilité de mon opinion. Démontrer qu'il est possible que l'État romain soit né du principe subjectif, c'est donner à la réalité de ce fait le poids que l'on accorde à toute hypothèse qui sait établir un trait d'union entre deux points historiquement établis. Puisque l'histoire, pas plus que la nature, ne procède par sauts, puisque toutes deux elles font sourdre les plus grands évènements des germes les plus infimes, nous sommes pleinement en droit de rechercher pour l'État et ses institutions des origines modestes, et d'essayer de les rattacher à un minimum d'idées morales et politiques préconçues.

Au point de vue du principe subjectif, la communauté politique apparaît comme un rapport contractuel. Le bon *accord* qui existe entre les individus est la conséquence d'un contrat exprès ou tacite. La paix, *pax*, résulte d'un *pactum (pacisci)*. Le rapport commun qui est ainsi créé est celui de l'*égalité*, de la *coordination*. Recherchons les conséquences auxquelles aboutit cette considération :

1) Entre l'État et les citoyens il y a le même rapport qu'entre la *gens* et les *gentiles*. L'État n'est pas quelque chose de différent, en dehors et au-dessus des citoyens, les citoyens eux-mêmes sont l'État : État et peuple sont des équivalents. Si, dans la formation de la *gens*, les personnes naturelles ne disparaissent point dans l'abstraction d'une personnalité différente (note 147), ce rapport n'est pas changé par la simple réunion de plusieurs *gentes* en un État collectif, ni par la rencontre de plusieurs personnes d'une part, avec plusieurs personnes d'une autre part. Cette réunion, cette rencontre, forment la société politique. L'État, comme sujet, c'est l'ensemble des *cives* : la *civitas*. De ce point de vue principal découlent les conséquences suivantes.

2) Si loin que s'étende cette société politique, le sujet des

droits qui en dérivent, le représentant de ses intérêts, ce n'est pas l'État, mais c'est l'ensemble du peuple, l'ensemble des citoyens, et, par conséquent aussi, chacun d'eux en particulier. Les droits privés et les droits publics ne se distinguent point entre eux par la différence de leurs sujets; leur sujet à tous les deux c'est la personne naturelle. Il n'y a entre eux que cette seule distinction, c'est que les droits privés ont un rapport *exclusif* avec le particulier, tandis que tout le monde participe aux droits publics. L'expression qui sert à désigner ce rapport exclusif, est *proprium* (*pro privo*) (155), celle qui désigne les intérêts communs du peuple, est *populicum, publicum, popularis. Res publica,* comme personnalité, dans la conception de l'État de l'époque postérieure, n'implique donc originairement que ce qui est commun à tous; *res publicae* sont les diverses choses de la société publique, par exemple les chemins publics, les places, etc., auxquelles tous ont un droit égal (156).

Si les individus isolés doivent être considérés comme les sujets des droits publics, si les intérêts publics ne sont autre chose que les intérêts de tous et par conséquent aussi de chacun, il en résulte que chacun a la mission et le droit de défendre ces intérêts, d'en empêcher la violation, ou, si celle-ci existe déjà, d'en demander satisfaction de la même manière que pour ses intérêts privés. Le moyen originaire pour venger la lésion apportée à

(155) Élision du v, comme dans *dewa, divus, deus*. POTT, *loc. cit.*, t. I, p. 266.

(156) Il ne faut pas perdre ces considérations de vue, notamment dans l'histoire de l'*ager publicus*. C'est le fonds commun de tous les patriciens, leur propriété commune et indivise. A ce point de vue, ils pouvaient, dans la plénitude du sentiment de leur droit, repousser comme des attaques contre leur propriété les efforts de plébéiens. L'écho de ces considérations se retrouve à une époque postérieure, dans CICERON TUSC. Disp., III, 20, § 48 : *Nolim* MEA BONA (le patrimoine de l'État) *Gracche tibi viritim dividere liceat, sed si facias, partem petam*. V. aussi, t. IV, p. 341 s.

ces derniers étant la justice privée, nous pouvons adopter ici le même ordre de développement, et comme sur le terrain du droit privé, distinguer la justice privée dans le sens étroit, et la vengeance privée. Empêcher le libre usage des choses publiques, diminuer la sécurité du passage, etc., ne devait donner lieu qu'à la justice privée dans le sens étroit; il n'y avait point là lésion de la personnalité de l'ayant-droit. A cette police exercée par le peuple, sans formalités, succède plus tard la forme solennelle, l'*actio popularis*, que nous avons suffisamment fait connaître, en parlant du rapport analogue qui se présente dans la *gens* (p. 203). Il est inutile de faire remarquer combien l'idée dont il s'agit ici, que les citoyens, et non l'État, sont les sujets des droits publics, se reflète clairement dans l'*actio popularis*, qui peut être intentée par tout citoyen comme tel.

Lorsque la lésion juridique causée à la communauté avait le caractère de délit ou de crime (*delictum* ou *crimen publicum*) — ce qui pouvait arriver indirectement, même pour une action qui n'était dirigée que contre une personne privée, — c'était logiquement le peuple entier qui en tirait vengeance (*vindicta publica*). Il nous a été conservé quelques traces, suffisamment claires, de cet état de choses primitif, dont l'histoire nous offre tant d'exemples chez d'autres peuples ([157]). Le faux témoin était précipité de la roche tarpéienne par le peuple, et chacun avait le droit de tuer l'*homo sacer* dont nous nous occuperons quand nous parlerons du principe religieux. De même que de la vengeance privée dériva l'action pénale privée, de même aussi de la *vindicta publica* naquit l'action pénale publique (*judicium publicum*). Plus tard, quand ce ne fut plus l'ensemble des particuliers, mais l'État qui fut considéré comme lésé, le délit public se distingua nettement, aussi bien au fond que dans la forme, du

([157]) RUBINO, *l. c.*, p. 478 s. voit dans la *provocatio* un faible reste de la justice populaire en usage dans les temps primitifs contre les ennemis intérieurs de la société politique; mais c'est là une erreur.

délit privé, la peine publique de la peine privée, mais dans l'origine, il y avait identité. Cela résulte encore de l'emploi qui se faisait indistinctement des expressions *delictum*, *vindicta*, *poena* pour désigner aussi bien les délits publics que les délits privés.

La transition de la justice populaire à l'administration réglée de la justice criminelle précéda de longtemps la substitution du système des peines privées à la vengeance privée. A l'époque de la loi des XII tables, où cette transformation de la vengeance privée est encore en voie de s'accomplir, elle est déjà complètement réalisée pour la *vindicta publica*. Quelle fut la cause de cette différence ? Peut-être la vengeance publique était-elle, si je puis m'exprimer ainsi, beaucoup plus gauche, plus pesante et par cela même moins vive que la vengeance privée. Cette dernière, ne mettant que deux personnes en présence, le but final de la vengeance, la satisfaction, pouvait par conséquent être facilement atteint par une convention entre ces personnes. Au contraire, l'offenseur se trouvait dans la vengeance publique en présence d'autant d'adversaires qu'il y avait d'offensés — et tout citoyen était offensé; — il ne lui servait donc de rien de se mettre d'accord avec un ou plusieurs de ces derniers, car il restait toujours des personnes non satisfaites. Le seul moyen de résoudre la difficulté était de conclure la convention du rachat avec le peuple tout entier, rassemblé dans ses comices, ou avec une personne autorisée à le représenter dans ce but. L'organisation de la justice criminelle fut donc en réalité un progrès obtenu *dans l'intérêt du coupable*. Tandis qu'auparavant la vengeance le menaçait partout où il se trouvait ou allait, tandis qu'auparavant elle était illimitée et indéterminée, et qu'aucune convention, pas même la satisfaction déjà payée, ne pouvait le mettre à l'abri d'une nouvelle réclamation, ce changement lui procurait l'avantage d'une solution définitive de la question, par sa condamnation à une peine au profit de la communauté.

La peine qui était infligée peut être envisagée, comme la peine privée, à un double point de vue : comme *rachat* de la

vengeance, et comme *exercice* de celle-ci sous une autre forme. La transition de la justice sauvage du peuple à l'administration réglée de la justice criminelle, était possible à chacun de ces points de vue. Ils se confondent, du reste, à tel point, qu'il serait difficile de se décider exclusivement pour l'un d'entre eux. L'esprit même dans lequel le peuple romain exerçait la juridiction criminelle à l'époque de la république, permet d'admettre indifféremment l'un ou l'autre système. On le sait, l'issue des débats qui avaient lieu devant le peuple, ne dépendait pas tant de la grandeur et du degré de criminalité du délit, que de la soif de vengeance qui animait le peuple et de la profondeur de son ressentiment (II, 47 s.). S'agissait-il d'un citoyen haï, le peuple se vengeait âprement d'un délit, même relativement léger; s'agissait-il, au contraire, d'un délit grave, mais commis par un citoyen populaire, il se montrait traitable et imputait sur le prix du rachat, la loyauté des intentions du coupable et les services qu'il avait rendus à l'État.

En essayant de faire dériver la juridiction criminelle du peuple de l'idée que le délit lésait tout le monde et qu'il donnait à tous, par conséquent, le droit d'en tirer vengeance, on concilie cette juridiction avec le principe de coordination entre l'individu et l'État, dont nous avons parlé plus haut. Les peines que l'on prononçait, même la peine de mort, l'exil, la confiscation des biens, etc., n'indiquent nullement un rapport de supériorité et de subordination, un pouvoir de vie et de mort; car, presqu'à chacune de ces peines, correspond une peine semblable, appliquée en cas de vengeance privée, laquelle, sans aucun doute, supposait un rapport de coordination entre le coupable et le lésé. Quant à la peine de mort, je rappellerai le voleur nocturne, l'adultère, le banqueroutier; quant à la vente à l'étranger, comme esclave, que le peuple appliquait à celui qui ne s'était pas présenté au cens ou au recrutement (*incensus* ou *infrequens*), je rappellerai le débiteur insolvable. A la *publicatio bonorum* correspondait la prise de possession par le créancier du patrimoine abandonné par son débiteur fugitif.

Pour ce qui concerne l'exil, pas n'est besoin de faire remarquer que le droit d'exclusion qui appartient à toute société ne suppose jamais une suprématie; ce droit résulte de la notion seule de la société (158).

Ce qui semble contredire les idées qui viennent d'être développées, c'est la considération que le peuple n'exerce la juridiction criminelle qu'à l'époque de la République, et qu'auparavant elle était entre les mains du Roi, et formait un des attributs originaires de la puissance royale. Quel que soit l'appui que cette considération rencontre dans nos sources, je la crois cependant non fondée. Sans doute le Roi avait une juridiction criminelle d'une grande efficacité, mais j'espère démontrer plus tard (§ 20), qu'elle avait primitivement, comme la dignité royale elle-même, un caractère purement militaire. On ne peut contester que l'autorité royale n'ait porté atteinte dans le cours du temps au droit qu'avait le peuple d'exercer la juridiction criminelle, qu'elle ne l'ait même entièrement absorbé, et je comprends fort bien que nos sources ne mentionnent que le Roi seul, comme investi du pouvoir de punir. Mais d'autre part le peuple n'était point exclu de toute participation à la juridiction criminelle, ainsi que le démontre le droit de provocation (§ 20); et l'état postérieur des choses n'est en général pas concluant pour l'époque primitive. Lorsque, par conséquent, nous voyons le peuple, à l'époque de la république, posséder la juridiction criminelle suprême, nous ne devons pas croire qu'il ait obtenu alors pour la première fois un droit qu'il n'avait jamais eu jusqu'alors, mais nous pouvons admettre qu'il a repris ce que l'usurpation des Rois lui avait enlevé.

3. Rappelons ici, dans l'intérêt de la suite des idées, la proposition qui nous a servi de point de départ : Le sujet du *jus publicum* n'était point l'État, mais l'ensemble du peuple et par

(158) C'est à ce point de vue aussi que CICERON, pro Caecina, c. 33, 34, cherche à ramener la déchéance du droit de cité.

conséquent chaque individu. Si ce principe est vrai pour les droits découlant du *jus publicum*, il doit être vrai aussi pour les devoirs qu'il impose. Le droit international romain montre sur ce point une logique rigoureuse dans ses principes. Un traité conclu avec un peuple étranger n'oblige point les deux gouvernements, mais tous les individus qui composent chacun des deux peuples. Celui de ces individus qui viole ce traité est livré au peuple étranger (*deditio*), parce qu'il a enfreint une obligation qui lui incombe personnellement (159). La guerre ou la paix entre deux États est la guerre ou la paix entre tous les individus qui en font partie.

4. La volonté de l'État est la volonté de l'ensemble des citoyens. La loi est un contrat par lequel ces derniers s'obligent réciproquement à observer une certaine manière d'agir : le droit dans le sens objectif est l'obligation de tous qui en résulte. Le sujet du pouvoir législatif, ce n'est pas l'État envisagé comme un être fictif placé au-dessus des citoyens, ce sont les individus. La forme primitive de la loi n'est point un ordre ou une défense adressés à des subordonnés, c'est une convention conclue entre des personnes égales. Le droit dans le sens objectif dérive de la convention.

La loi n'est donc autre chose qu'une forme d'obligation appliquée au peuple tout entier. Comme l'obligation privée, elle nécessite une question et une réponse (la stipulation); le peuple est *rogatus* (160), et il répond par son vote. Aussi est-ce très

(159) Tite-Live I, 32. V., 36. VII., 20, etc. Walter, *Röm. R. G.* 3e édit. § 74, 75.

(160) *Lex rogatur.* C'est ainsi que dans le testament, les témoins qui prennent la place du peuple (p. 150) sont *rogati*; de là encore le mot *arrogatio*, qui, pour le dire en passant, est une nouvelle preuve en faveur de l'opinion (v. *loc. cit.*) que le peuple votait, originairement, dans ces deux actes. Du reste Rubino, *l. c.*, p. 255, a reconnu avant moi la similitude de la rogation et du suffrage du peuple avec la stipulation, mais dans un autre ordre d'idées que celui que je poursuis ici.

exactement qu'un jurisconsulte romain, considérant cet aspect primitif de la loi, l'appelle une *communis reipublicae sponsio* ([161]).

L'usage linguistique du mot *lex*, pour les lois comme pour les conventions privées ([162]), montre qu'elles étaient dans les idées des Romains placées sur la même ligne. Dans l'origine, la loi et le contrat ne se distinguent point par leur efficacité intensive, mais uniquement par l'étendue de leur champ d'application, de la même manière que la *vindicta publica* se distingue de la *vindicta privata*. La *lex publica* est une convention de tous, et à l'inverse, une convention privée est une *loi* pour les deux contractants. De même que la convention privée, pour être efficace, doit avoir pour objet les affaires des contractants, de même la convention publique doit avoir en vue les intérêts de l'ensemble des citoyens. La maxime : *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* peut être retournée de cette manière : *jus privatum pactis publicis mutari non potest*, c'est-à-dire la loi ne peut créer de privilège (*lex privi*) ([163]).

L'effet de la loi, pour le particulier est celui d'un contrat auquel il a concouru lui-même ([164]). La violation d'une loi est donc la violation d'une obligation que l'on a assumée ; et selon que c'est le peuple lui-même ou un particulier qui a le droit correspondant à cette obligation, et qui se trouve par conséquent lésé par la violation de celle-ci, c'est le peuple ou l'individu qui exerce la justice privée.

Le mot *jus* exprime cet effet de la loi, de *lier* tout le monde.

([161]) Papinien, L. 1, *de leg.* (1, 3).

([162]) Par exemple *vendere, dare hac lege, lex commissoria, leges rerum venalium vendendarum*, etc.

([163]) C'est la célèbre disposition de la loi des XII tables : *privilegia ne irroganto*.

([164]) Il importe peu qu'il ait voté pour ou contre la loi, ou qu'il n'ait pris aucune part au vote. S'il reste dans l'État après cette loi, c'est qu'il la reconnaît comme obligatoire pour lui aussi.

Lex indique le fondement du droit, l'acte d'imposer. *Jus* indique la conséquence, l'état permanent d'enchaînement. La *lex publica* constitue le *jus* dans le sens objectif, les règles du droit; la *lex privata* est le contrat, le *jus* dans le sens subjectif, la raison d'être du droit. De même que la loi et le contrat, plus tard si différents, étaient identiques dans l'origine, de même le droit dans le sens objectif était identique au droit dans le sens subjectif.

Jus (163) est le lien, ce qui lie; la règle du droit, c'est-à-dire le *jus*, dans le sens objectif, est ce qui lie tout le monde, ce qui impose à tous un devoir ou leur attribue un droit. *Jus* dans le sens subjectif est ce qui lie un seul et attribue un droit à

(163) De la racine sanscrite *ju*, lier, d'où dérive aussi *jugum*, *jumentum*, *jungere* et une foule d'autres mots dans d'autres langues. V. pour plus de détails, POTT, *l. c.*, p. 213. C'est par cette racine que POTT explique aussi l'étrange coïncidence des deux significations de *jus* : *droits* et *sauce* (*jus* en français). Le dialecte lettique a, d'après lui, le mot *jaut*, c'est-à-dire délayer, *lier* de la farine et de l'eau. Le mot allemand *Jauche* (*jus*) est probablement le même mot, formé de *jus* dans le sens de sauce. Il est intéressant de voir la diversité des expressions romaines et grecques pour désigner l'idée du droit. Ces deux langues se servent dans ce but de racines différentes; le grec emploie la racine *dic*, δίκη, montrer, d'où le latin *dicere*, *digitus*, etc., le latin emploie la racine *ju*, d'où le mot grec ζυγὸν, *jugum*. Le mot grec correspond à *mode*, *manière*, *guise*, d'où Δίκαιος qui dans sa signification originaire veut dire : celui qui se conforme au mode établi, à l'usage. L'idée fondamentale est celle d'*exemple*, de *modèle* : ce sont les exemples, les précédents qui forment l'usage, la coutume, le droit. La langue grecque, pour désigner l'idée du droit, considère l'élément traditionnel, l'usage antérieur, l'origine coutumière, tandis que le latin considère l'effet, la force obligatoire du droit. La langue grecque a encore le mot νόμος de νέμειν partager (la règle d'après laquelle chacun est *partagé* de même). V. sur la différence de cette double conception de l'idée du droit RÖDER, *Grudzüge des Naturrechts*, 2e édit., t. I, p. 55 (1860).

un autre : ce dernier a créé par la *lex* convenue entre eux deux, une règle juridique qui contient pour l'autre l'obligation de faire telle ou telle prestation, et comme c'est à lui qu'appartient l'exercice, l'exécution de cette règle, le droit est *le sien*. Les règles que la communauté s'impose ou qu'elle reconnaît tacitement, et dont *elle* surveille l'exécution, sont avec elle dans le même rapport, c'est-à-dire ne sont point des dispositions sans relation subjective, mais constituent SES *droits*, SES *facultés*.

5. *Rapport entre le pouvoir de l'État et le droit privé*. D'après une opinion accréditée et au premier abord assez séduisante, le droit privé était dans les temps antiques complètement dépendant de l'État et ne s'est affranchi que peu à peu de cette chaîne. Les considérations développées plus haut nous conduisent à admettre précisément le contraire, c'est-à-dire la complète indépendance, à l'origine, du droit privé vis-à-vis de l'État. L'apparence de vérité que cette opinion a pour elle consiste dans les formes publiques dont s'entourait le droit privé de l'époque la plus ancienne, et dans l'absence d'opposition des diverses parties du droit, dont nous avons déjà eu souvent l'occasion de parler. Mais ces formes prouvent précisément que l'État, comme tel, n'avait rien à voir dans le droit privé; car elles étaient employées précisément pour créer entre lui et le droit privé un rapport qui n'existait pas auparavant. Le manque d'opposition auquel nous venons de faire allusion, ne consiste pas en ce que l'État domine le droit privé, mais en ce que le droit privé domine l'État, c'est-à-dire que le droit privé n'est pas édifié d'après des principes de droit public, mais que l'État est constitué d'après des principes de droit privé. Il serait contraire à toute l'histoire d'admettre que l'État ait engendré de lui-même le droit privé. Le sentiment de l'indépendance individuelle est la notion première absolue, et ce n'est qu'après une lutte pénible et longue que le principe de l'État triomphe.

Je me réserve de montrer plus tard (II, § 30) combien les idées romaines s'harmonisent peu avec l'opinion que nous avons

rappelée. Pour elles, ce n'est point l'État qui est la source du droit subjectif, mais le sujet lui-même, sa volonté, son fait. En tant que son but le demande, l'État peut imposer au particulier une restriction dans sa sphère d'action privée, mais l'idée qu'il puisse établir à sa volonté les principes d'après lesquels le commerce juridique privé doit se mouvoir, ou qu'il puisse disposer des droits acquis comme il l'entend, est absolument étrangère à l'antiquité romaine.

En effet, qu'y avait-il de commun entre l'État ou la communauté et le droit des particuliers? Absolument rien au fond. Il n'y a de rapport entre eux que parce que le particulier se procure, pour la réalisation de son droit, la garantie du pouvoir de l'État, qu'il place son droit sous la protection de celui-ci. Nous retrouvons ici un point que nous avons déjà effleuré plus haut (p. 150 s.), et que nous allons étudier maintenant de plus près au point de vue des considérations qui précèdent.

Les actes principaux du droit romain se concluaient sous la garantie publique; tous les droits les plus importants s'appuyaient directement ou indirectement sur leur reconnaissance et leur garantie par le peuple. Cette garantie était directe pour le *testamentum in comitiis calatis* et *in procinctu*, et pour l'*arrogatio*, elle était indirecte pour la *mancipatio*, le *nexum*, la conclusion du mariage par *coemptio* et par *confarreatio*, et pour l'inscription sur les registres du cens. L'*in jure cessio*, espèce de revendication simulée, dans laquelle les parties étaient d'accord de laisser adjuger au demandeur le droit qu'il réclamait, rentre dans cette dernière catégorie, car la décision du Préteur s'y appuyait indirectement sur l'autorité du Sénat. Cependant la forme de cet acte n'appartient plus à l'époque primitive, mais à une époque qui savait déjà traiter les actes juridiques avec une certaine liberté. Il est certain aussi, que l'*in jure cessio* une fois établie, le champ de son application s'étendit de plus en plus, et que plus d'un acte de disposition juridique que nous voyons s'accomplir par son moyen, devait s'effectuer dans l'origine sous une forme dont la connaissance n'est point par-

venue jusqu'à nous. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne la manumission : j'envisage sa réalisation par la *vindicta* (c'est-à-dire par *in jure cessio*) comme une forme plus neuve, plus commode parce qu'elle était applicable en tout temps, que la forme plus antique et plus difficile, puisque celle-ci n'était possible que tous les 5 ans, au moyen du cens. Les Romains eux-mêmes en ont, en effet, avec un discernement parfait, fait remonter le premier cas d'application au commencement de la république. La *man. per vindicta* est, sous le rapport de la facilité quant au temps et quant à la forme de l'acte, dans le même rapport avec l'ancienne *manumissio,* que le testament *per mancipationem* avec le testament devant les comices, qui ne pouvait avoir lieu que deux fois par an. La manumission par le cens nous offre un cas indiscutable de garantie populaire. Sans doute cette forme était employée encore pour d'autres actes, par exemple : l'établissement de servitudes prédiales, le transfert de la propriété, etc. Mais tandis que pour la manumission, la forme nouvelle de l'*in jure cessio* n'a point supprimé la plus ancienne, il se peut que cette suppression ait eu lieu pour d'autres actes ; et il est possible que des actes connus depuis longtemps mais assujettis à des formes malaisées se soient rajeunis au moyen de l'*in jure cessio*, comme il est possible aussi que d'autres y aient rencontré pour la première fois une forme garantissant leur sécurité. Aussi est-il, à mon avis, fort dangereux de tirer de l'applicabilité de l'*in jure cessio* dans l'époque postérieure, des conclusions en faveur du droit antique; elle n'a point, à mes yeux, ce caractère primitif des autres formes que je viens de nommer (III, p. 236 ss).

C'était au moyen de ces formes du droit antique, que tous les droits les plus importants pouvaient être placés sous la garantie du peuple. Je citerai : la liberté par le cens, le mariage par *confarreatio* et *coemptio* (et par cela même la puissance paternelle sur les enfants issus de ce dernier), la constitution artificielle de la puissance paternelle par l'*arrogatio* ou par *in jure cessio* (*adoptio* dans le sens étroit), la tutelle testamen-

taire, la constitution de la propriété ou des servitudes rustiques par la *mancipatio* (des servitudes urbaines et personnelles par l'*in jure cessio*), et des obligations par le *nexum;* l'institution d'héritier, le legs au moyen du testament dans les comices du peuple et son imitation, plus tard, dans le *test. per aes et libram.*

L'importance de cette garantie populaire pour le développement du droit est la suivante. Sous le rapport pratique immédiat, elle consista à donner les sûretés les plus efficaces à la justice privée en réprimant dès sa naissance toute tentative de résistance. La résistance contre celui qui exerçait la justice privée en se fondant sur un acte garanti par le peuple, était une révolte contre le peuple tout entier et une mise en demeure pour ce dernier de remplir son devoir de protection (p. 151). La garantie populaire était encore importante, sous le rapport de la philosophie du droit, en ce qu'elle était le terme moyen que traversait l'idée du droit pour atteindre à une sphère plus élevée. Le *concret* fut ici, comme on le voit si souvent dans l'histoire du droit romain, le pont qui livra passage vers l'*abstrait;* de la protection *des droits* naquit la protection *du droit.* La garantie des divers droits privés concrets, passée dans l'usage, prépara les voies à l'idée que le droit privé, dans le sens *abstrait,* est l'objet de la vigilance et de la garantie de l'État; et de la faculté laissée aux communautés de soumettre la garantie demandée à des conditions, naquit l'idée que l'État peut au moyen de lois restrictives pénétrer dans le domaine du droit privé. Si la protection *des droits* donne le pouvoir de les restreindre, il doit en être de même de la protection *du droit.*

La forme primitive du rapport de l'État avec le droit privé est donc celle d'un *rapport contractuel.* La communauté promet sa protection par contrat, et celui qui la lui demande se soumet aux conditions qu'elle y attache. La protection, comme le prix auquel elle se donne, se fondent sur la libre volonté des parties, le rapport est comme dans tout contrat celui de la *coordination.* Si l'ayant-droit ne désire pas la garantie du peuple,

celui-ci ne peut lui imposer des restrictions, sa propre volonté ferme la sphère du droit privé à l'ingérence de l'État ([166]).

Je trouve, dans ce qui précède, une nouvelle preuve de l'importance du rôle de la convention dans l'histoire de la formation du droit. Nous la rencontrons partout : dans la loi, contrat de société entre les membres d'une association (p. 217), dans l'introduction des peines privées (p. 135), dans la subordination des parties au juge (p. 169) et dans l'objet actuel de notre étude. L'élection des rois et des magistrats peut aussi être appelée un contrat; le droit international tout entier, nous le verrons au paragraphe suivant, se fonde sur le contrat. Ainsi la naissance de la législation, de la justice pénale, de la procé-

([166]) Le tribunal des centumvirs n'aurait-il pas été institué pour permettre de faire valoir les droits publiquement garantis? La protection promise directement par le peuple ou par ses représentants aurait été effectuée ici par une députation du peuple. Toutes les causes que Cicéron, dans le passage célèbre : *de oratore. I. c. 38*, assigne à la juridiction de ce tribunal appartiennent à la catégorie des droits publiquement garantis : les *jura gentilitatum*, *agnationum* sont fondés sur l'union publiquement reconnue de la *gens* et sur le mariage romain originaire avec *manus*, c'est-à-dire, contracté par *confarreatio*, *coemptio* ou *usus*; les *jura testamentorum* et *tutelarum* sont fondés sur la *lex* et sur le testament public ; les *jura mancipationum*, *nexorum*, *parietum*, *luminum*, etc. sont fondés sur la forme de la mancipation et sur l'*in jure cessio*; quant à l'*usucapio* ce n'est point un acte juridique. On s'est aperçu que l'État apparaît dans la juridiction centumvirale avec une relation plus étroite vis-à-vis de l'individu que dans la juridiction du *judex privatus*, mais on en a donné pour motif (Puchta *Cursus der Institutionen*, t. 2, § 153), que l'État pourvoit là à son propre intérêt. Cette explication est en contradiction avec le but même de l'administration de la justice, car, à mon avis, il est très naturel que l'État ou le peuple se charge lui-même de protéger juridiquement les rapports qui sont expressément placés sous sa garantie, et qu'il ne les remette point entre les mains du *judex privatus*, ou que du moins il ne le fasse pas contre la volonté de l'ayant-droit.

dure civile et de la magistrature, de même que l'idée de protection juridique et publique se rattachent à la convention. La communauté politique elle-même a pour base la notion du contrat, et le droit international se résoud en contrats.

Il semble presque que le droit romain antique eût dû servir ici de preuve en faveur de la vérité de la théorie du droit naturel sur l'État. Au siècle dernier, à l'époque où régnait le droit naturel, les considérations que nous venons d'établir auraient pu rencontrer un accueil favorable, mais aujourd'hui c'est précisément leur corrélation partielle avec les idées du droit naturel qui peut leur nuire. Cette corrélation n'est pas accidentelle. Le point de vue contractuel est le degré le moins élevé que puisse occuper l'État lui-même, aussi bien que sa conception scientifique; rien d'étonnant dès lors, que sur ce terrain le droit naturel et le droit romain le plus ancien se rencontrent. Mais de même qu'à Rome l'État sut, dans la suite des temps, s'élever en pratique au-dessus de cette conception, de même aussi notre théorie actuelle de l'État l'a abandonnée. Cette considération ne doit pas cependant nous amener à méconnaître la justesse relative de ce point de vue : nous ne devons pas reporter à l'origine de l'État notre conception actuelle d'un État parvenu à la virilité. Ce serait imiter, en sens inverse, l'erreur de la doctrine du droit naturel qui généralise une idée qui ne convient qu'à la période de l'enfance de l'État. Si cette doctrine a commis l'erreur d'affaiblir et de rabaisser l'État, nous courons, nous autres, le danger d'oublier, du haut de notre point de vue actuel, les bas-fonds et les profondeurs au travers desquels l'histoire à conduit l'État; nous sommes disposés à éluder entièrement la question de l'origine de l'État et du droit, à les regarder comme des institutions en quelque sorte surnaturellement placées dans le monde par Dieu lui-même, plutôt que de reconnaître qu'ils ont été faits, tout prosaïquement, par la main des hommes. Quelque peu de prose sévère ne pourra nuire au romantisme de nos idées historiques actuelles. C'est, assurément, rendre un plus digne hommage au Dieu que l'on cherche dans

l'histoire, de trouver sa main dans l'œuvre des hommes, et de montrer qu'au moyen du libre arbitre humain, il fait procéder de la manière la plus naturelle et la plus intelligible l'infiniment grand de l'infiniment petit, que de le faire intervenir, surnaturellement, dans ce monde, par voie de miracles.

Condition de l'individu hors de la communauté. — Négation absolue du droit, pied de guerre. — Légitimité relative de ce point de vue. — Atténuations. — Influence du commerce. — L'*Hospitium*. — Origine du droit international dans le contrat. — La clientèle, le *precarium* et le *peculium*.

19. Nous avons déjà remarqué (p. 105) que le droit romain ne s'est jamais élevé jusqu'à la reconnaissance pratique de la subjectivité juridique de l'homme comme tel. Il restreint la capacité juridique au citoyen romain et aux membres des États avec lesquels Rome a conclu des traités. Tout en reconnaissant que d'après le *jus naturale* théorique, l'homme naît libre, les jurisconsultes classiques enseignent encore, comme droit pratique, la proposition suivante : (167) *Si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque fœdus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat.* L'état de guerre était donc encore, à cette époque, supposé *à priori* comme rapport international, la paix *(pax)* n'était que le résultat d'un pacte *(pacisci)*. Or cet état de guerre équivaut à la négation absolue de tout droit pour les individus appartenant à l'État avec lequel on n'avait point pactisé.

Cette conception, qui nous est attestée, si tard encore, d'une manière expresse, nous apparaît pour le droit antique, comme

(167) L. 5, § 2, de capt. (49, 15).

une conséquence si nécessaire du droit tout entier, qu'en l'absence même de tous témoignages positifs, nous pourrions la supposer avec la plus entière certitude (168). La reconnaissance de la capacité civile de l'étranger suppose une séparation complète du droit privé et du droit public, ainsi que leur indépendance réciproque. Nous avons vu, au contraire, que ces deux faces du droit sont à l'origine confondues l'une avec l'autre, et que l'idée de la protection juridique due par l'État est rattachée à l'idée d'une convention conclue avec lui. Comment un étranger aurait-il pu réclamer la protection du peuple romain ou des magistrats, alors que les citoyens eux-mêmes devaient se la faire garantir expressément? Comment aurait-il pu invoquer les lois romaines qui n'étaient qu'un accord des citoyens romains entre eux; comment aurait-il pu participer à des institutions qu'ils avaient introduites pour eux seuls?

A Rome il n'y a de droit, comme il n'y a un État, que pour les Romains, ou pour parler plus exactement, le droit est circonscrit à la communauté des gentils. Gentilité et pleine capacité civile, défaut de la gentilité et complète incapacité civile, sont à l'origine équivalents. Il n'y a pas, en principe, de degrés dans la capacité civile. Celui-là seul est *ingenuus* (de *geno, gigno*) qui fait partie de la *gens;* celui qui n'en fait point partie est sans droit, *extrarius est, qui extra focum, sacramentum jusque sit* (169). Son exclusion est totale; la religion même ne lui donne pas accès, car elle aussi, elle est une institution de

(168) Elle se retrouve partout comme on le sait; en Allemagne aussi la paix devait être *effectuée*, et dans le droit turc règne encore aujourd'hui la théorie que les biens des *Herbi*, c'est-à-dire de tous les infidèles qui ne sont pas soumis aux Musulmans et ne paient point de *Djezijeh*, ainsi que leur personne, sont *muboh*, c'est-à-dire légalement concédés comme propriétés libres, aux Musulmans. von Tornauw, *Das mosl. Recht*. Leipz., 1855, p. 52.

(169) Festus sub voce *extrarium*.

l'État. Par un étrange effet du hasard le mot *egens* exprime précisément la condition l'*ex-gens*, et les Romains dérivaient en effet le mot *egens* de *gens* (170). La langue latine nous a conservé une trace incontestable de cette manière de voir dans le mot *hostis*, qui signifie originairement, l'*hôte*, l'étranger et l'ennemi (171). La double signification de ce mot exprime parfaitement l'incertitude du sort de l'étranger, qui pouvait s'attendre aussi bien à être traité en hôte qu'en ennemi (172).

A cette privation originaire de tout droit pour l'étranger se rattache l'horreur qu'inspirait l'exil à l'antiquité. L'exil de nos jours n'est que l'ombre de celui de l'antiquité; ce n'est plus qu'un changement de résidence, la perte de la patrie. Cette peine n'enlève pas le bonheur lui-même, mais seulement la forme locale sous laquelle on en a joui; la personnalité de l'exilé est

---

(170) FESTUS sub voce *egens velut exgens, cui ne gens quidem sit reliqua.* Cette étymologie n'est pas impossible : il y en a des exemples. Ainsi *iners* (de *ars*), *de-mens*, etc., et sans le verbe *egeo*, on ne serait point tenté d'en chercher une autre.

(171) *Hostis* est le même mot que le goth. *gasts* et le haut allem. moyen *gast*. Ces deux mots ont la même double signification. Sur la parenté du *g* et de l'*h*, v. POTT, *l. c.*, t. I, p. 143, et sur la dérivation probable du sanscrit *ghas*, manger, ibid. p. 279. Le sens originaire de ces mots serait donc : *celui qui est traité, régalé*. *Hostire* (tuer) et *hostia* (victime) se sont, il est vrai, fort éloignés de ce sens. — TH. MOMMSEN, *Röm. Forschungen*, t. I, 2e édit. (1864), p. 326 s. partage l'avis de G. CURTIUS que *hostis*, goth. *gast-s*, slav. eccl. *gosti*, a le sens originaire d'étranger (de *ghas* manger = convive de la famille) et *hospes* = *hospe(t)s*, *hostis petens*, l'étranger demandant l'hospitalité. MOMMSEN s'écarte légèrement de cette opinion.

(172) CURTIUS, *l. c.*, explique cette coïncidence en disant que l'existence d'un mot particulier (*hospes*) pour désigner l'étranger désirant l'hospitalité, a fait restreindre avec le temps le mot *hostis* à la signification d'ennemi. Mais il ne pouvait assurément acquérir cette signification exclusive que si les mots : étranger, hôte et ennemi avaient quelque analogie dans l'esprit du peuple.

respectée partout, et partout aussi son droit trouve protection. Tout autre était l'exil de l'antiquité. L'étranger n'a point de droit; donc celui qui est expulsé de la communauté des associés, ou qui fuit à cause d'un crime, n'a plus à attendre, en quelque sorte, que le sort de la bête féroce qui erre sans trève ni repos et que l'on traque partout où on l'aperçoit. L'exilé laisse derrière lui tout ce qui lui était cher, son foyer, ses associés, la paix du droit et le culte commun des dieux. Ce qu'il emporte c'est le sentiment d'une détresse indicible, la perspective d'une vie exposée au hasard, à la persécution, aux privations, à la servitude, ou une liberté dépendant du caprice et de la grâce de son protecteur, et achetée par toutes sortes d'humiliations. S'il est attaqué et poursuivi, nul compagnon n'est à ses côtés; s'il tombe dans le combat, aucun ami ne vengera sa mort, n'offrira pour lui, dans la patrie, un sacrifice funéraire, ne donnera le repos à son ombre errante : ses mânes erreront sans patrie sur une terre étrangère.

Tel est l'exil de l'antiquité dans sa forme originaire. Il ne contient point, comme plus tard, une simple *capitis deminutio magna*, la perte du droit de cité, mais il entraîne la mort civile, l'expulsion de l'homme du terrain du droit; il le relègue dans une solitude horrible, dans un état de honte et de mort juridique. Aussi les Romains, même plus tard, lorsque les conditions les plus cruelles de l'exil avaient déjà disparu, le considéraient-ils comme une peine si grave, que l'accusé d'un crime avait jusqu'au jugement la faculté d'arrêter l'enquête criminelle par un exil volontaire.

L'idée que nous avons exposée, d'après laquelle le droit, à l'origine, se confond entièrement avec l'État et manifeste l'esprit le plus exclusif à l'égard de l'étranger, semble, au premier abord, avoir dû exercer une influence préjudiciable sur le développement de l'idée du droit dans l'histoire. Après un examen plus attentif on s'aperçoit cependant qu'elle a, au contraire, amené les plus heureux résultats. J'y découvre un des moyens les plus efficaces que l'histoire ait mis en œuvre pour arriver

à la formation et à la conservation des États, dans leur période d'enfance. Cette idée, en effet, force les individus à entrer dans la communauté de la vie politique, elle les enchaîne à l'État par des liens de fer. Il est tout pour eux; l'abandonner, c'est se sacrifier eux-mêmes; sa chûte les ensevelit eux et tout ce qu'ils possèdent, sous ses ruines. A la sortie de l'État comme à sa chûte est attachée la perspective de la perte de la personnalité, et de la fin de tout bonheur privé. L'instinct de conservation personnelle de l'individu devient ainsi d'une double manière un des moyens de conservation les plus efficaces pour l'État lui-même; d'abord en attachant autant que possible à l'État les membres qui en font partie, et ensuite en poussant jusqu'à l'extrême leur force de résistance contre tout péril qui, de l'extérieur, viendrait à menacer l'État. Sous le premier rapport, en effet, il est très important pour l'État naissant de ne rien perdre du capital de population relativement restreint, avec lequel il commence à vivre, tandis qu'il peut être avantageux pour un État adulte de se débarrasser, par des colonies, des émigrations, etc., de la partie surabondante et improductive de ce capital. Au premier, il faut une barrière solide, au second il faut parfois une soupape. Le dernier se trouve devant un peuple élevé à l'école de la discipline et de l'ordre, lié à lui-même et à l'État par mille liens qui ne sont que le résultat d'un enchaînement séculaire d'évènements; le premier commence seulement à fréquenter cette rude école de l'ordre et de la discipline; à l'esprit indompté et rebelle à cette discipline, aux charmes de la vie vagabonde, aux tentatives pour se soustraire à la vie en communauté, il ne lui est encore permis d'opposer d'autre contrepoids que la faveur du droit qu'il garantit et qu'il protège. Comment le droit aurait-il pu rendre ce service, si la valeur de ses avantages n'avait été dans ce temps infiniment plus estimée qu'aujourd'hui, et si l'on était arrivé, déjà alors, à reconnaître en pratique la subjectivité juridique de l'homme comme tel. Celui qui aujourd'hui se résoud à abandonner l'État auquel il a appartenu jusqu'alors, n'est point retenu par la considération de

son droit, car partout où il va, il vit dans une atmosphère juridique, et il emporte avec lui sa capacité juridique. Au contraire, à l'époque dont nous parlons, celui qui voulait sortir de l'État auquel il appartenait, renonçait à son droit; il sortait de l'atmosphère juridique qui pour lui ne se respirait que dans cet État, pour entrer dans le vide qui l'entourait de toutes parts; il sortait d'une oasis pour s'enfoncer dans le désert. C'est ainsi que l'Etat exerçait au moyen du droit une force d'attraction dont nous n'avons plus aucune idée aujourd'hui. Le droit et la liberté sont aujourd'hui comme l'air et l'eau, des *res communes omnium*, auxquelles participe tout homme, indigène ou étranger, dont nous n'oublions que trop facilement la valeur, parce que nous les rencontrons partout, et qui, à cause de cela, ne nous enchaînent plus à la patrie, comme au temps où on ne les rencontrait que sur son sol.

Lorsqu'il se fait une attaque contre un individu ou contre un État, la vigueur de la force de résistance est en proportion de la valeur ou de l'estimation subjective des biens menacés. Parmi ces biens se trouvait dans le cas de guerre, à l'époque dont nous parlons ici, l'existence privée toute entière de chacun des membres de l'État. La défaite était pour eux l'équivalent de la perte de la vie ou de la liberté, de l'honneur, de la famille et de la fortune (173). Leur propre conservation dépendait donc de celle de l'État; *ils sont eux-mêmes l'Etat,* comme nous l'avons déjà dit au paragraphe précédent. Ce rapport des individus avec l'État, qui voue au service de celui-ci, d'une façon absolue, l'instinct de la conservation individuelle, apparaît ainsi comme le moyen par lequel l'histoire garantit la vie au jeune État, et l'oblige à combattre sans cesse, et avec l'énergie du désespoir,

(173) Cela est exprimé dans la formule de la déclaration de guerre qui ne s'adresse pas seulement au peuple, mais à chaque individu. V. Gellius, XVI, 4 : *populo Hermundulo hominibusque Hermundulis bellum indico facioque.*

pour le maintien de son existence. Les occasions fréquentes de ces luttes, lui permettent bientôt de porter les forces de l'État à l'apogée de leur développement. L'État actuel ne possède point une pareille force de résistance. La séparation actuelle de l'État et des individus se maintient dans la guerre ; l'État fait la guerre à l'État, l'existence purement privée, la liberté, la famille, la fortune ne sont pas menacées de périr par suite de sa chute. Quelle que soit l'importance de la conservation de l'État pour les biens les plus précieux et pour les intérêts les plus nobles de la nation, l'instinct vulgaire de la conservation, qui ne se soucie point de ces biens précieux, est moins intéressé à le conserver.

Le développement ultérieur du droit romain se rattache par plusieurs côtés à cette incapacité juridique originaire de l'étranger, que nous venons d'étudier. C'est d'abord le droit sur les choses avec le droit du butin que nous avons déjà indiqué (§ 10) comme étant la racine de la propriété romaine. La propriété romaine naît de l'exercice de la force romaine contre l'étranger privé de droit. Mais si d'un côté elle se fonde sur la guerre, dont elle est l'occasion, d'un autre côté elle cache en elle-même le germe du commerce pacifique. L'échange des objets de la propriété rapproche les peuples isolés ou ennemis : au soldat qui amène la guerre, succède le marchand qui recherche la paix. Le commerce n'est pas seulement la force impulsive du développement du droit privé, il favorise aussi le perfectionnement du droit international. L'étroitesse du droit, attaché au sol, est un obstacle sérieux et gênant aux tendances incessamment actives et expansives du commerce. En même temps qu'il s'étudie à renverser les obstacles naturels qui empêchent son libre exercice, le commerce refoule aussi ceux que lui oppose l'étroitesse des idées juridiques. C'est le commerce qui malgré l'exclusivisme des idées nationales a introduit et développé

dans le droit romain l'élément cosmopolite. Ce fut un marchand qui fut le premier pionnier de la civilisation; par l'échange des biens matériels il fit naître aussi celui des biens intellectuels (174), et ouvrit les voies à la paix. Ces voies s'aplanirent, s'étendirent avec les progrès du commerce, jusqu'à ce qu'enfin elles couvrissent la plus grande partie du monde connu. Ce que le christianisme a fait sous ce rapport pour le monde moderne, le commerce l'a réalisé pour l'antiquité.

De quels moyens se servît le commerce pour atteindre ce but? La forme la plus restreinte dont il fit usage, était l'*hospitium*, (note 171), qui est aussi différent de notre hospitalité moderne, que l'est, pour le même motif, l'exil de l'antiquité du bannissement moderne (175). Le but de l'*hospitium*, en effet, est moins l'accueil hospitalier, bien qu'il le comprenne aussi accessoirement, que la garantie réciproque de la protection du droit. L'*hospes* soustrait l'*hostis* aux conséquences de sa position d'étranger sans droit et sans protection, en mettant le droit de son hôte sous la protection du sien propre, et en le soutenant comme le sien, devant la justice. Contre la fraude et la déloyauté de l'*hospes* lui-même, le droit n'accordait aucune protection, car

---

(174) Je ne puis laisser de faire remarquer combien la langue latine en fournit des preuves. Son *interpres*, le médiateur et le traducteur n'est autre, à l'origine, que notre : *négociant commissionnaire*. Le mot dérive de *inter*, et de la racine du mot *pretium*; il désigne donc l'homme qui porte le prix entre deux autres. Ce négociant commissionnaire fut le premier truchement et médiateur : plus tard le sens du mot a été restreint à cette propriété comme à celle qui excitait plus spécialement l'attention.

(175) WALTER, *R. R. G.*, 3e édit., I, § 82. Ce rapport et la clientèle ont été traités par TH. MOMMSEN, dans son travail sur l'hospitalité et sur la clientèle romaines. (V. VON SYBEL. *Hist. Zeitschrift*, I, p. 332, reproduit dans les *Röm. Forsch.*, t. I, 2e édit., p. 319 s., ouvrage auquel nous emprunterons nos citations ultérieures).

l'*hostis* était hors le droit, mais les mœurs en donnaient une d'autant plus grande ([176]). Cette absence de protection en faveur de l'étranger et la haute confiance qu'il avait montrée, imprimaient à l'abus de l'hospitalité le caractère d'un des crimes les plus infamants et les plus ignominieux que connût l'antiquité.

Un marchand actif pouvait réussir à se créer des hôtes de tous les côtés : mais cette hospitalité privée ne pouvait suffire pour un commerce étendu, et c'est ainsi qu'il arriva souvent que deux États s'assurèrent réciproquement ce rapport *(hospitium publice datum)*. Le développement des relations internationales s'élève d'un degré lorsque l'on conclût des conventions publiques en vue d'assurer aux membres d'un État vis-à-vis de ceux d'un autre État une protection immédiate, au lieu de la protection indirecte et dérivée que leur donnait l'*hospitium* ([177]). Les formes dans lesquelles cette protection fut reconnue étaient assurément très diverses et très variables. La forme la plus relevée consistait dans la concession du *commercium* qui faisait participer l'étranger aux lois romaines sur les biens, et lui permettait par conséquent de réclamer la protection que l'État garantissait au droit. Le droit romain s'élève déjà, en ce point, jusqu'à la hauteur de la conception juridique moderne, qui n'établit aucune distinction entre les étrangers et les indigènes, avec cette seule différence, très importante il est vrai, que ce qui n'était à Rome que le résultat d'un privilège spécialement concédé ou d'un pacte public, est chez nous l'application d'un principe général et l'effet d'une conception juridique supérieure.

La concession du *commercium* n'était chez les Romains que la forme régulière pour ouvrir les portes aux relations juridiques internationales. A la fin du Ve siècle de Rome nous trouvons

([176]) GELLIUS, V, 13, § 5. *In officiis apud majores ita observatum est : primum tutelae, deinde* HOSPITI, *deinde clienti, tum cognato, postea affini.*

([177]) Sur les diverses formes de ces conventions, v. MOMMSEN, p. 349.

un tribunal spécial établi pour vider les contestations juridiques entre pérégrins et romains : c'était celui du *Praetor peregrinus*. Il se développa alors, sur la base des traités antérieurs, avec la coopération de la théorie et de la pratique, un droit commercial universel international : le *jus gentium*, dont nous nous occuperons en exposant le troisième système, où l'influence qu'il exerça sur le droit romain se montre clairement. Mais l'introduction de cette magistrature fut précédée d'autres formes sur quelques-unes desquelles seulement il nous a été conservé quelques renseignements incomplets, par exemple : la *clarigatio*, qui se faisait par les féciaux, et le tribunal des récupérateurs, tantôt permanent, tantôt établi pour un cas isolé et cessant avec lui (178). Quelqu'intérêt que pourrait offrir l'étude de la formation graduelle et générale des relations juridiques internationales, nous devons et pouvons nous contenter ici de l'idée succincte que ces relations ne furent que le résultat de traités particuliers conclus entre les divers états, traités qui en déterminaient l'étendue et la pratique. Le droit international se réduisait ainsi aux *droits* que deux peuples s'étaient réciproquement concédés dans l'intérêt de leurs relations : c'était un ensemble de règles conventionnelles, et qui différaient d'après le peuple auquel elles s'appliquaient. Le contrat dont nous avons déjà vu la force créatrice dans tant d'institutions à l'intérieur de l'État, manifeste de nouveau, ici, son efficacité. De même qu'il crée, au fond, la transition de la justice privée particulière et officielle à la juridiction criminelle et civile, de même ici il est la transition du pied de guerre originaire à l'organisation juridique des relations internationales. Au point de vue de nos idées modernes, qui tout naturellement laissent même l'étranger jouir de la protection juridique de notre État, nous considérons la réalisation pratique de cette idée, c'est-

(178) V. sur cette institution PUCHTA, *Cursus der Instit.*, t. I, § 83. RUDORFF, *R. R. G.*, II, p. 80.

à-dire le fait que le droit qui régit la partie civilisée du monde garantit à l'homme, citoyen de l'État ou étranger, la plus grande liberté de mouvements, nous considérons, dis-je, ce fait comme nécessaire, comme hors de contestation. Mais nous oublions et le temps et les peines au prix desquels le droit a dû conquérir chaque pouce du terrain qu'il a gagné, depuis qu'il a abandonné le champ restreint de son sol natal ou de l'État isolé. Ce qui nous paraît aujourd'hui inhérent à la nature du droit lui-même, n'est rien moins qu'une conception innée de l'humanité, et ne doit point sa réalité pratique à la puissance de la conviction juridique, à l'idée de la justice. C'est l'œuvre de l'activité humaine, mise en branle et entretenue par des considérations matérielles, par les besoins de la vie et la pression des circonstances, par des raisons d'*opportunité*. Ce n'est qu'après que ces facteurs ont effectué le labeur le plus difficile, que l'idée de la justice vient s'approprier l'œuvre et la prendre sous sa protection, comme une propriété qui lui appartient.

L'esprit exclusif de l'État et du droit que nous avons suivi jusqu'ici dans sa manifestation à l'égard de l'extérieur, doit s'être déployé également à l'intérieur à l'égard de ceux qui voulaient s'établir sur le territoire de l'État, sans entrer dans les liens de la gentilité (179). Leur condition était en principe identique à celle de l'*hostis* : de même que celui-ci ne pouvait, à l'origine, obtenir la protection des lois que d'une manière indirecte, par le moyen de l'*hospitium*, de même ceux-ci ne pouvaient l'obtenir qu'en se plaçant à titre de clients sous le patronage d'un citoyen romain (*applicatio*) (180). Mais tandis

(179) Ainsi qu'à l'égard des esclaves affranchis. MOMMSEN, *l. c.*, p. 358, 359.

(180) MOMMSEN, *l. c.*, p. 361. De pareils rapports de protection, bien qu'ils ne soient pas toujours occasionnés par le manque de protection en droit, mais par le manque *en fait*, pour certaines classes de la société, se reproduisent partout où le pouvoir public lui-même n'est pas en état de

que le rapport de l'*hostis* à *hospes* était un rapport de coordination, celui du client au patron était un rapport de subordination. Dans l'*hospitium* la contre-prestation consistait dans la réciprocité de la protection et de l'accueil hospitalier; la clientèle au contraire créait une obligation de servir. La dépendance que créait ce rapport est clairement exprimée dans les deux expressions *patronus* et *cliens* (sujet) ([181]). Le premier de ces mots représente ce rapport comme une imitation de la puissance paternelle et la langue en a fidèlement rendu la nature essentielle au moyen de cette désignation. Comme le fils, le client est sans droits contre celui qui lui tient lieu de père; *juridiquement* l'un et l'autre sont entièrement soumis à sa puissance. Les mœurs et la religion seules les défendent contre l'abus de cette puissance. Une loi attribuée à Romulus déclarait hors la loi le patron qui avait trompé son client ([182]). Dans l'échelle des devoirs qui nous a été conservée par GELLIUS, les devoirs envers les clients occupent une place distinguée ([183]).

protéger efficacement le faible contre le fort. Ils révèlent par conséquent toujours une organisation défectueuse de l'administration de la justice. Celui qui manque de protection sacrifie sa liberté (servage, esclavage volontaire dans l'Afrique du Sud), ou l'indépendance de sa fortune (transfert du domaine éminent au protecteur, par exemp. la mosquée en Turquie [*vakuf*], ou au seigneur féodal comme en Allemagne et en Angleterre (V. GUNDERMANN, *Engl. priv. Recht*, I, p. 286, 293), pour obtenir ainsi la sécurité de ce qui lui reste.

([181]) De *cluere*, κλύειν, entendre, obéir.

([182]) DIONYS. II, 10. Servius ad Virg., VI, 609 : *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*. *Fraudem facere*, que j'ai traduit littéralement par *tromper*, avait certainement le sens tout à fait général de : manquer à ses devoirs. Le droit grec maudissait pareillement (ἐπάρατον) le fait d'augmenter la mesure conventionnelle ou traditionnelle des devoirs des ilotes. SCHWEGLER, *Röm. Geschichte*, I, p. 641.

([183]) GELLIUS, V, c. 13... PATREM *primum, deinde* PATRONUM *proximum nomen habere... neque clientes sine summa infamia deseri possunt*.

Si cette comparaison du patronage avec la *patria potestas* n'était pas seulement déduite du côté personnel du rapport, mais si elle était exacte aussi pour les intérêts matériels des clients, ceux-ci devaient être régis d'après les principes sur le pécule du fils de famille. En fait, tous les deux peuvent avoir une fortune propre; mais en droit, le sujet légal de celle-ci est celui qui les tient sous sa puissance; il les représente tant activement que passement vis-à-vis des tiers. Cette représentation active, l'exercice des actions du client, est le but de l'institution ([184]); mais en droit elle apparaît non comme représentation, mais comme exercice d'un droit appartenant au patron lui-même. Quant à la représentation passive, conséquence nécessaire du patronage, la responsabilité du patron se réglait probablement d'après l'analogie existant entre l'*actio peculii* et l'action noxale, c'est-à-dire, que selon les circonstances il devait payer jusqu'à concurrence du montant de la fortune de son client, ou livrer sa personne même (*noxae deditio*) ([185]). Tandis que pour rendre cette représentation active et passive possible, le patron est considéré juridiquement comme le détenteur de cette fortune, et a par conséquent le pouvoir le plus absolu d'en disposer, au point par exemple qu'il peut l'enlever entièrement au client, la coutume cependant impose maintes restrictions au patron; elle l'oblige à conserver intact au client le degré d'indépendance de fait que celui-ci peut exiger, d'après la tradition, ou en vertu d'une convention, et lui commande de ne pas considérer en fait, comme la sienne, la fortune de son client. Il y avait, il est vrai, des cas de nécessité, où il pouvait,

([184]) Aussi *patronus* signifie-t-il même plus tard encore : *procureur*.

([185]) Cette obligation de *deditio* existait aussi dans les relations internationales; le peuple devait livrer le coupable, sinon il faisait de sa cause la sienne propre. V. notamment la formule dans Tite-Live, I, 32 : *illos homines illasque res dedier*. Tite-Live, V, 36 : *postulatum ut pro jure gentium violato Fabii dederentur*.

sans difficulté, imposer au client une contribution ([186]), D'autre part il était tout naturel que le client rendît des services en retour de la protection qu'on lui accordait. Mais toutes ces prestations trouvèrent leur mesure dans les usages; et les conventions des deux parties, qui juridiquement étaient sans efficacité aucune, rencontraient également dans ces mêmes usages la protection qui leur était nécessaire. La mort du client faisait passer le rapport sur la tête de ses enfants ([187]); sa fortune devait leur être laissée en tout ou en partie, dans les limites déterminées d'avance par la convention ([188]).

Il est facile de comprendre que ce rapport, dans lequel le patron trouvait de si importants avantages, en retour d'un léger service, devait de son côté être maintenu, avec empressement, aussi bien vis-à-vis du client que vis-à-vis de ses descendants; que son propre intérêt devait l'engager à bien traiter son client, à le favoriser autant que possible, tant pour ne lui donner aucun motif de renoncer à la clientèle, ce qui ne pouvait lui être refusé que difficilement, que pour acquérir de nouveaux clients. Pour celui qui avait beaucoup de terres et peu de bras, ce pouvait être une affaire avantageuse de s'attirer des

---

([186]) Par exemple lorsqu'il avait une fille à doter, lorsqu'il devait se racheter lui-même ou racheter des membres de sa famille, prisonniers de l'ennemi, lorsqu'il avait à payer des impôts extraordinaires, des amendes, des compositions, etc.

([187]) Mommsen, *l. c.*, p. 362.

([188]) Mommsen, *l. c.*, p. 380, admet que l'on a transporté dès le principe, des patriciens aux clients, les notions d'héritier légitime, d'agnation et de gentilité. Il ne méconnaîtra certes pas qu'on se serait gravement écarté en cela de la logique originaire de ce rapport, et il ne cherchera pas à appliquer ici les notions d'*hereditas* de *suus heres*, etc., dans leur sens juridique. La convention entre le client et le patron qui formait la base de tous leurs rapports devait régler ce point sans que l'on fût obligé d'avoir recours à des notions qui supposent la capacité juridique d'un *pater familias* romain.

clients, par l'abandon gratuit de petites parcelles de terrain, afin d'augmenter ainsi ses moyens de production. Cette concession de terrain, qui en elle-même est étrangère à l'essence de l'institution (189), était un moyen très efficace d'intéresser le client au maintien du rapport. Elle devait dès lors devenir d'un usage général (190), et être l'origine du fait qui nous est attesté par DENYS D'HALYCARNASSE, que la clientèle se transmettait de part et d'autre de génération en génération. Pour expliquer ce fait, il n'est pas nécessaire d'admettre avec NIEBUHR, contrairement au témoignage de DENYS D'HALYCARNASSE, que ce rapport était indissoluble de la part du client; l'intérêt réciproque, la force de l'habitude, la position subordonnée du client, etc., pouvaient avoir ce résultat, même indépendamment de cette hypothèse (191).

Le silence de la langue latine sur le côté matériel de la clien-

(189) Contrairement au vasselage du moyen âge, que rappelle NIEBUHR en parlant de la clientèle (Hist. rom., t. I, p. 342) et qui avait son fondement juridique non dans le manque de protection du vassal, mais dans le fief qui lui avait été concédé.

(190) C'est à cela que fait allusion le passage souvent cité de Festus : *Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus* PERINDE AC LIBERIS PROPRIIS. Ces derniers mots expriment la nature du rapport mieux qu'il ne paraît au premier abord. Dans SUÉTONE, Tib. c. 1, la famille Claudia obtient lors de son entrée dans l'État romain : *agrum clientibus locumque sibi ad sepulturam*. La terre pour les clients paraît ainsi avoir été jugée quelque chose d'aussi indispensable que la sépulture héréditaire.

(191) On retrouve partout, comme on le sait, de pareilles concessions révocables de terrain, impliquant ou non une dépendance personnelle de celui qui les reçoit, par exemple en Grèce (K. F. HERMANN, *Lehrbuch der griechischen Staatsalterthümer,* I, § 19), en Allemagne, en Angleterre. (Bail révocable, GUNDERMANN, *l. c.*, p. 272). Presque partout on voit que la révocabilité, à l'origine tout à fait libre, se réduit d'abord en fait, et plus tard par le droit coutumier, à certains motifs de révocation.

tèle, est étonnant. Elle ne nous fournit aucune expression pour désigner cette concession de terrain au client, ni pour désigner la fortune du client, bien que celle-ci fût en droit fort différente des *bona* d'un *paterfamilias* romain, du *patrimonium* de la *familia* (de l'état domestique comprenant à la fois les personnes et les choses). Je dis que ce silence est étrange, parce que la langue reflète d'habitude les différences importantes qui se révèlent d'une manière frappante dans l'usage de la vie. La langue latine doit avoir eu des expressions pour désigner ces rapports : ces termes ont-ils disparu avec les choses mêmes auxquelles ils s'appliquaient, ou bien continuent-ils à exister, avec une signification différente, dans la langue latine moderne? J'admets cette seconde opinion et je découvre dans *precarium* (192) et *peculium* deux expressions et deux institutions qui appartenaient dans l'origine au rapport de la clientèle. Ni l'une ni l'autre n'appartient au droit proprement dit. Ce sont de ces institutions dont les jurisconsultes romains postérieurs disent : *magis facti sunt, quam juris;* la clientèle, en effet, ne comportait que des institutions de ce caractère (193). Les principes de ces deux institutions peuvent non seulement être appliqués, sans forcer leur portée, au patrimoine des clients, tel qu'il devait être d'après sa nature juridique et d'après la logique interne des choses, mais je crois même que cette application est de nature à jeter quelque lumière sur ces institutions elles-mêmes.

Voici de quelle manière je me figure la chose. On appelait *precarium*, tout ce que le patron concédait à son client, pour

(192) SAVIGNY. Possession, § 34, a donné la même appréciation sur le *precarium*. J'y ai été amené, de mon côté, par la suite des idées, sans avoir conscience de cet accord avec Savigny. MOMMSEN, *l. c.*, et *Hist. rom.*, t. I, Liv. 1, chap. 13, (4e édit. all., p. 194), s'est prononcé dans le même sens.

(193) Une convention, et l'obligation *morale* qui s'y rattache n'est pas incompatible avec elles. V. par exemple, L. 12 de prec. (43, 25).. *Si convenit,* mais en droit : *nulla vis est hujus conventionis.*

son usage et à sa prière (*preces*, de là *precarium*) : très souvent c'était un fonds de terre, mais les concessions d'habitations (point de ralliement pour l'*habitatio* du droit postérieur), devaient aussi être fréquentes. La révocation à volonté de ces concessions était sous-entendue par le rapport même dans lequel se trouvaient les parties l'une vis-à-vis de l'autre ; elle n'avait nul besoin d'être stipulée expressément, et toute renonciation à cette faculté devait être complètement inefficace en droit (194). De part et d'autre une obligation civile est inadmissible : le patron ne pouvait s'obliger à laisser la chose pendant un certain temps au client, et celui-ci ne pouvait pas davantage s'obliger à la rendre ; si le patron voulait la ravoir, il la reprenait. Le client pouvait se défendre vis-à-vis de tiers ; toute défense vis-à-vis du patron lui était interdite, même lorsque ce dernier réclamait la restitution de la chose avant l'expiration du temps pour lequel il en avait accordé l'usage. Lorsque le *precarium* se détacha de sa relation originaire avec la clientèle et devint d'usage même entre citoyens romains, il n'en conserva pas moins son premier aspect, et ne prit aucun caractère obligatoire, de sorte que le concédant n'était point lié par sa promesse de laisser la chose au concessionnaire pendant un certain temps, et que celui-ci ne pouvait être forcé, à titre d'obligation, de la restituer. Conclure un *precarium* entre Romains, n'était autre chose que se mettre dans la position d'un patron et d'un client. Les conventions des parties sur le mode et l'époque de la restitution ne pouvaient avoir aucun effet obligatoire. Le *precarium* et la possibilité juridique d'un rapport obligatoire entre les deux parties étaient en principe choses absolument contradictoires. Il fallut des siècles pour altérer le caractère du *precarium* au point que l'on pût sans difficulté lui appliquer la théorie des contrats innommés.

---

(194) V. la note précédente.

La fortune que le client avait acquise lui-même, son matériel agricole et son bétail recevaient le nom de *peculium* : ils étaient soumis aux mêmes principes qui s'appliquent dans le droit nouveau au *peculium* du fils de famille et de l'esclave; c'est-à-dire qu'ils appartenaient bien, en fait, au client, mais qu'en droit, le patron en était considéré comme le propriétaire. Le terme même rattache la nature de cette fortune à l'agriculture; littéralement traduit, il signifie *petit bétail*, ou corps de bétail détaché du troupeau principal (195). Cet indice que nous donne l'étymologie sur la nature originaire du *peculium*, ne doit pas être perdu de vue pour l'intelligence de notre étude; il nous indique, en effet, une occupation agricole distincte du fonds principal, et il est inutile de dire combien il est plus naturel d'en voir le sujet dans le client, plutôt que dans le fils de famille ou dans l'esclave. Ce petit bétail ou corps de bétail accessoire est, quant au client, une indication caractéristique du rapport qui devait exister entre son activité agricole et celle du patron. Ce rapport devait présenter une certaine analogie avec la condition des serfs des manoirs seigneuriaux au moyen âge. L'industrie agricole séparée que ce mot désigne, est infiniment moins admissible pour le fils de famille; pour l'esclave elle ne saurait se comprendre. De la fortune du client naquit l'idée du *peculium*; la nécessité de séparer une petite fortune de

(195) Cela est expressément attesté par VARRON, *de re rustica*, I, c. 2, *non domino pecus, sed servis peculium*, QUIBUS DOMINI DANT UT PASCANT, I. 17, *concessioneve ut* PECULIARE *aliquid in fundo* PASCERE LICEAT. V. d'autres textes dans GÖTTLING, *Gesch. der röm. Staatsverfassung*, p. 103, note 5. Cet auteur voit dans le *peculium* le jeune (?) bétail, que les esclaves, chargés de mener paître le bétail, incorporaient au troupeau de leur maître et de leur propre chef (? — V. au contraire L. 4, pr. § 1, *de pecul.* 15, 1, *animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus... fecerit*). Le bétail libre fut la plus ancienne forme du *peculium*, ainsi que l'atteste expressément VARRON, de L. L. V, § 95, (éd. OTFR. MÜLLER) *id enim peculium primum*.

la grande fortune du patron était ici des plus urgentes, ou plutôt la séparation résultait déjà du rapport lui-même. Il n'y avait nulle nécessité d'accorder au fils ou à l'esclave une fortune distincte, mais lorsque ce fait se produisit, on fut amené tout naturellement à lui appliquer l'expression déjà connue de *peculium*. On pourrait peut-être même soutenir que le *peculium* de même que le *precarium*, devint, d'institution purement clientélaire qu'il était dans l'origine, une institution romaine universelle. Si cette supposition est exacte, c'est à bon droit que FESTUS a pu, dans le passage que nous avons reproduit (note 190), identifier la position de fortune des clients et celle des enfants; les mots *perinde ac liberis propriis* ne désignent donc pas une simple ressemblance extérieure entre ces deux classes de personnes, mais la comparaison de leur état juridique. Dans la même supposition, l'emploi du mot *pater* qui se trouve contenu dans le terme *patronus* exprime complètement la nature juridique du rapport.

Nous en avons dit assez sur la clientèle qui ne nous intéresse, ici, que sous le point de vue déterminé d'une institution produite par l'incapacité juridique de l'étranger. Nous y avons reconnu l'origine nécessaire du droit du non-citoyen faisant partie de l'État. Il ne peut y avoir aucun doute, à mes yeux, que tous les non-citoyens, donc même les affranchis (196), ne vécussent dans cette condition. D'après la rigueur de l'idée du droit, cette condition n'était point une condition juridique, mais si ce que l'on pourrait appeler la forme du droit lui faisait défaut, elle en renfermait du moins la substance. Les principes fixes qui s'étaient établis par l'usage sur le rapport qui existait entre patron et client, la protection indirecte que donnait le droit criminel en punissant la *fraus patroni*, créaient au client une position assez sûre et lui rendaient moins sensible le défaut d'une action contre le patron même. L'idée d'un droit d'une

(196) MOMMSEN, *Recherches*, I, p. 358 s.

espèce inférieure s'attacha à cette institution, et l'opinion du peuple en fit un rapport juridique qui ne différait des autres que par son mode de protection (197). Ainsi se prépara un progrès peu important en apparence, mais contenant au fond l'anéantissement de l'institution elle-même : la concession au client d'une action qui lui était propre.

De l'antique incapacité du client d'intenter une action, il resta comme réminiscence qu'il ne pouvait appeler son patron *in jus*, sans une autorisation spéciale du Préteur, c'est-à-dire qu'il ne pouvait l'actionner malgré lui. Franchir ce premier pas avait été un des premiers actes de la *plebs*, qui, dans l'origine, se trouvait toute entière dans les liens de la clientèle (198), et qui sut, par cette émancipation, se mettre dans une position meilleure que celle des clients de l'époque suivante. Mais avec les plébéiens nous sommes déjà bien loin des points de départ du droit; cette séparation du droit privé et du droit public, qui répugne tant au caractère originaire du droit est déjà accomplie dans son essence. Les plébéiens nous montrent à l'intérieur même de l'État romain, ce *commercium* entre citoyens et non-citoyens que nous avons appris à connaître (p. 233) sous le rapport international, et il n'est pas impossible que le *commercium* n'ait dû commencer par les relations internationales, avant de pouvoir être appliqué à l'intérieur de l'État aux rapports entre citoyens et non-citoyens. Le droit international est vraisemblablement le terrain sur lequel s'accomplit cette séparation du droit privé et de l'État. Les relations commerciales avec un peuple étranger donnèrent la première impulsion à ce progrès :

(197) La même transition du fait au droit par rapport à la condition de la personne et à la fortune des enfants, ou en d'autres termes de l'arbitraire paternel tempéré seulement par la coutume, à la reconnaissance de l'indépendance privée du fils, demanda un temps infiniment plus long. Il n'est pas besoin d'insister sur la raison de la différence.

(198) MOMMSEN, *Recherches*, p. 388.

une fois accompli vis-à-vis de l'étranger, il pouvait procurer de la manière la plus naturelle, et je dirai même imposer à l'État, pour ses relations intérieures, l'avantage d'un établissement fixe, sur son territoire, des sujets d'un peuple étranger, et de l'importation par eux du *commercium* étranger. Un pareil avantage, l'État n'aurait pu l'atteindre que bien longtemps après, lui qui ne reconnaissait aux étrangers établis sur son territoire que la condition inférieure du lien clientélaire.

II. *Influence de la constitution militaire sur l'État et sur le droit.*

Influence favorable de la guerre sur la constitution. — La constitution politique est un régime militaire. — Division militaire du peuple. — Principe de subordination. — *Imperium*. — Caractère militaire de la royauté. — Droit de punir. — Influence de la constitution militaire sur l'éducation du peuple. — Sentiment de l'ordre extérieur et de la légalité.

20. Il est moins paradoxal qu'il ne paraît de dire que la guerre peut exercer sur le développement de l'État et du droit l'influence la plus salutaire. Une guerre faite en un moment favorable, peut en quelques années avancer ce développement plus que des siècles d'existence paisible. Semblable à une tempête, elle purifie l'atmosphère, elle met une fin prompte à la stagnation morale et politique, elle abat d'un seul coup l'édifice fragile d'une constitution inflexible et d'institutions sociales oppressives, elle provoque une salutaire rénovation politique et sociale. Ce qui doit causer la chûte d'un État décrépit, n'est pour l'État dans toute la force de la jeunesse qu'un stimulant qui lui fait déployer toutes ses forces, et l'anime d'une vie nouvelle.

Comme on le sait, la guerre n'était point pour les Romains une situation exceptionnelle, mais un état normal; elle fut l'école

où ils devinrent grands, celle dont l'influence particulière et fortifiante se manifeste, par des traits multiples, même dans leur droit. Cette influence se montre déjà dans la constitution la plus antique que Rome apporta avec elle. Cette constitution est une armure qui doit son origine à la guerre, qui est faite pour la guerre, et que Rome, qui veut être toujours armée, ne dépose jamais, même pendant la paix. Bénis soient l'esprit et le mode de vie belliqueux des Romains qui les tinrent toujours prêts à combattre, car ils trouvèrent un avantage inappréciable dans cette circonstance que cette préparation ne fut point un état passager, mais une école éternelle de discipline militaire. La trempe indomptable du caractère romain qui répugnait à la vie paisible et pacifique, demandant la guerre toujours, trouva son contrepoids dans la discipline militaire produite par ces guerres continuelles; elle forgea elle-même, on peut le dire, l'arme qui servit à la dompter. La Rome antique est un camp permanent; l'ordre et la discipline sévère des camps y règnent; la constitution politique devint une constitution militaire. Chez d'autres peuples le camp était levé lorsque la guerre était terminée; l'organisation guerrière avec sa discipline ne servait que pour le moment passager du péril extérieur; avec la paix, elle reprenait la forme plus commode d'une organisation pacifique (199).

L'essence des explications qui vont suivre peut être con-

(199) C'est ainsi que certaines races germaniques laissaient tomber, à peine la guerre terminée, les institutions utiles auxquelles elles avaient eu recours dès qu'elle avait éclaté, et qui, si elles n'avaient pas eu une existence aussi passagère, auraient pu devenir le germe de développements politiques salutaires. CAESAR, *de b. g.*, VI, 23 : *Quum bellum civitas aut illatum defendit aut infert, magistratus, qui ei bello praesint,* UT VITAE NECISQUE HABEANT POTESTATEM, *deliguntur. In pace nullus communis magistratus, sed,* etc. J'emprunte un autre passage à WAITZ, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. I, p. 101. BEDA, *Hist. eccl.*, V, 10 : *non enim habent regem iidem antiqui Saxones, sed satrapas plurimos suae genti prae-*

densée dans une seule proposition : l'intérêt militaire enrichit l'État d'une idée jusque là ignorée, celle de la suprématie et de la subordination. L'ordre de l'armée, la constitution militaire, s'unit à l'ordre de la famille, à l'union politique des races, pour former une unité militaire et politique : la constitution romaine antique. Ce n'est pas à Rome que cette fusion s'est opérée, car nous y trouvons déjà la royauté et les autres institutions militaires et politiques, toutes faites et transportées d'un autre lieu dans le nouvel État. Mais cela ne doit pas nous empêcher de rechercher ici encore, comme nous l'avons toujours fait jusqu'ici, les idées et les considérations qui leur donnèrent naissance.

Examinons d'abord la division du peuple : dès le premier coup d'œil, elle dénote quelque chose d'artificiel. Les 10 curies des tribus et les 10 *gentes* des curies ne sont point le résultat d'un développement organique; elles furent instituées d'une manière voulue et dans un but déterminé. Quel était ce but ? Examinons où se manifeste d'abord et de la manière la plus urgente le besoin d'une division du peuple : c'est sans aucun doute dans l'armée. Le premier ordre mécanique introduit par l'État est l'*ordre de bataille;* plus que partout ailleurs, il y faut une division du peuple, réglée d'après un mode arrêté d'avance (200). La circonstance que cette division a aussi des rapports avec la religion et la politique ne doit pas être la source d'une erreur : c'est la constitution militaire qui détermine les formes fondamentales de l'État, voilà le point caractéristique de toute la constitution romaine; les intérêts religieux et poli-

---

positos, qui ingruente belli articulo mittunt aequaliter sortes, et quemcunque sors ostenderit, hunc tempore belli ducem omnes sequuntur; huic obtemperant, peracto autem bello RURSUM AEQUALIS POTENTIAE FIUNT SATRAPAE. L'unité et la discipline ne duraient pas plus longtemps que le péril.

(200) C'était ordinairement à Rome et chez plusieurs peuples germaniques, le système décimal, chez d'autres aussi le système duodécimal. V. WAITZ, *l. c.*, append. 2, p. 275 s.

tiques viennent ensuite s'adapter à l'ordre ainsi fondé. Les idées suivantes expriment fort bien cet état de choses : le peuple est une armée ([201]); l'armée entière a son culte et ses fonctions politiques, de même que chaque division de l'armée. La curie n'est pas une association politique qui a une double importance, religieuse et militaire ; elle est encore moins une unité religieuse exerçant en même temps des fonctions politiques et militaires ; elle est une division permanente de l'armée ou, puisque peuple et armée sont des termes équivalents, une division du peuple.

La *gens* aussi est une division de l'armée, mais non une division artificielle ; il n'y a d'artificiel que le *nombre* des gentes. Comme on ne pouvait abandonner le maintien de ce nombre au hasard de la propagation naturelle, qu'il fallait au contraire remplacer par une autre *gens*, toute *gens* qui, soit par décès, soit à la suite de tout autre évènement, venait à disparaître, l'art, si je puis ainsi m'exprimer, intervient dans cette matière de la *gens*, qui pour le reste est du domaine de la nature.

L'ordre de bataille est donc l'ordre primitif ; mais pour qu'il pût rendre des services en temps de guerre, il fallait qu'il fût maintenu pendant la paix. Le peuple revenant dans ses foyers après la fin de la guerre, conserve sa division guerrière, il reste armé ; la paix nous montre dans le peuple une armée au repos, comme la guerre nous montre dans l'armée un peuple dans l'action ([202]). Les assemblées du peuple ne sont donc que des ralliements d'armée, le général en chef seul peut les convoquer ([203]), et les diverses divisions se réunissent sous le com-

([201]) Chez les Germains, il y avait à l'origine la même identité entre l'armée et le peuple. V. WAITZ, *l. c.*, p. 32.

([202]) *Exercitus* de *exercere*, c'est-à-dire *ex-arcere*, repousser ; comp. *arx*, citadelle, dans son sens propre : la résistance. L'idée d'exercice se rattache donc dès l'origine à l'activité militaire ; l'exercice est belliqueux, le peuple dans son exercice s'appelle *exercitus*.

([203]) *Calare*, de là, *classis* : peuple, *classis procincta* : armée. V. les preuves dans HUSCHKE, *Verfassung des Serv. Tull.*, p. 134.

mandement de leurs chefs militaires. Les anciens, les *senes*, composent le *senatus*, qui n'a point voix délibérative, mais voix consultative seulement; c'est le privilège de leur âge, il ne les rend propres qu'à cela, et cette institution du Sénat n'est que la formule constitutionnelle de l'influence que l'âge et l'expérience exercent partout. Les *anciens* manquent de la force pour exécuter les résolutions prises; c'est pour cette raison qu'il leur manque aussi la capacité de prendre part aux délibérations du peuple. Dans les assemblées populaires n'apparaissent donc que les jeunes, les guerriers; eux seuls ont une volonté, car on ne considère comme volonté vraie que celle qui est efficace et qui peut exécuter ce qu'elle a résolu ([204]). Le peuple, *populus*, équivaut donc à la masse des jeunes, ce que semble confirmer l'étymologie ([205]), et *jeune* équivaut à : *apte à porter les armes*. On devient *pubes*, et par conséquent membre du *populus*, aussitôt que l'on est apte au service; celui qui peut

([204]) Festus, sub sexagenarios.. *Quo tempore primum per pontem coeperunt comitiis suffragium ferre, juniores conclamaverunt ut de ponte dejicerentur sexagenarii, qui jam nullo munere publico fungerentur, ut ipsi potius sibi quam illi deligerent imperatorem.*

([205]) J'accepte l'étymologie donnée par Kuhn, *Zur ältesten Geschichte der Indogerm. Völker*, p. 4, de *pulus*, jeune. D'après lui, la forme *puli* se rencontre encore dans des mots composés des Vedas. *Puer*, *Pubes*, etc., sont du même genre. La première syllabe *populus* a été formée, d'après Kuhn, par redoublement. G. Curtius, *Grundzüge der Etymologie*, Leipz., 1858, t. I, p. 241, fait dériver *populus* de la racine *ple* = πλα. Pott, qui est d'ordinaire mon guide dans les questions d'étymologie, donne encore une autre formation, t. I, p. 198. — Il en est de même de Mommsen, (*Hist. rom.*), I, p. 72, (4e éd. allem.) : « Les citoyens, dit-il, sont les guerriers (*populus* doit être rapproché de *populari*, ravager, et de *popa*, le boucher), dans les anciennes litanies c'est sur la milice armée de la lance (*pilumnus*, *poplus*) qu'est appelée la bénédiction de Mars. Les Monténégrins désignent l'assemblée du peuple par une expression analogue : *Woiska* (*woi* = guerre, *woiska*, littéralement : la masse des guerriers). »

porter les armes n'a plus besoin de *tutor*, il peut voter dans l'assemblée du peuple.

Nous avons déjà essayé (p. 117) de démontrer que les expressions *curiae*, *decuriae*, qui désignent les divisions du peuple, ont étymologiquement un sens militaire. *Vir*, avons-nous vu, est le guerrier, *conviria* ou *curia* est donc une division guerrière, *decemviria*, *decuria*, une subdivision de 10 hommes ([206]). Cette dernière expression désigne la *gens* d'après sa position dans l'organisation militaire; l'expression *gens* la désigne d'une manière absolue comme une réunion de personnes liées par la naissance. La constitution militaire originaire renferme 10 curies, et chaque curie 10 décuries; il y a donc en tout 100 décuries; ce nombre fut triplé à Rome par la réunion de trois peuples organisés de cette manière.

L'étymologie nous apprend ainsi que les *comitia curiata* étaient dans l'origine les réunions de l'armée, et l'expression *quirites*, dont on se servait dans les discours adressés au peuple, nous fournit un autre argument. Nous avons également donné l'explication étymologique de ce mot (p. 117), il désigne les guerriers qui portent la *quiris*, la lance de service. *Populus Romanus Quiritium* veut donc dire la jeune milice romaine des porteurs de lances, l'armée dans ses assemblées. Il ne faut pas s'arrêter devant cette considération que plus tard, lorsque peuple et armée furent devenus des idées distinctes en pratique, l'expression *quirites* désigna les citoyens, et que son application aux soldats renfermait une injure; il n'y a rien d'extraordinaire à ce qu'un mot tombe en désuétude à la suite de la trans-

([206]) Comme pour toutes les expressions qui contiennent un nombre, le nom reste le même, bien que dans le cours du temps le nombre change. LANGE (*l. c.*, p. 116), et MOMMSEN (*l. c.*, p. 67), se sont prononcés contre cette étymologie (*curia*, d'après ce dernier, vient de *curare* = *coerare*, *κοίρανος*), mais v. en notre sens SCHWEGLER, *Hist. rom.*, p. 496, qui rappelle le mot osque *vereia* = *viria*, milice, communauté, et *covehria* = *coviria*.

formation de la chose même qu'il servait à désigner. De même la juridiction postérieure des comices par curies ne doit pas davantage nous induire en erreur sur leurs fonctions et leur caractère originaires.

Longtemps après l'établissement de la constitution de Servius Tullius, qui maintenait la constitution militaire comme fondement de l'État (207), conformément à l'idée dont nous nous occupons ici, il pouvait paraître à tous ceux qui ne connaissaient que le dernier état des comices par centuries et par curies, que ces derniers n'avaient rien de commun avec la constitution militaire. Mais il en était autrement pour quiconque était au courant de l'antiquité : (208) dans la collation de l'*imperium* ou du commandement militaire suprême, réservée après comme avant aux comices par curies (209), se maintint un reste important de leur caractère militaire. Les comices par curies s'assemblaient dans l'intérieur de la ville, ceux par centuries, à l'extérieur, au *Campus Martius*, conformément à l'histoire de l'*imperium*. Sous la royauté, l'appel aux armes, l'*imperium*, s'étendait à la ville; par suite les réunions de l'armée pouvaient aussi être tenues dans la ville; mais l'*imperium* fut exilé de Rome en même temps que la royauté, et les comices par centuries de la constitution servienne, qui alors seulement revin-

(207) Cela résulte encore de la forme militaire qui entourait la réunion des comices par centuries : dans les comices par centuries, le peuple apparaissait, conformément à l'idée des *centuriae*, comme une armée sous les armes, rangé par centuries et sous ses bannières, les centurions en tête. C'est ainsi que la convocation des comices par centuries s'exprimait par *exercitum imperare* (et pour les distinguer de l'armée en guerre *exercitum urbanum imperare*); le licenciement s'exprimait par *exercitum remittere*. HUSCHKE, *Verfassung des Serv. Tull.*, p. 414.

(208) V. par exemple TITE-LIVE, V, 52 : *Comitia curiata, quae rem militarem continent.*

(209) CIC., *de leg. agr.*, II, 12 : *Consuli, si legem curiatam non habet, attingere rem militarem non licet.*

rent à la vie, furent transportés devant la ville, et, ce qui est significatif, sur le champ consacré au Dieu de la guerre ([210]).

Nous passons maintenant à la royauté, ou pour exprimer immédiatement notre opinion sur sa place dans la constitution romaine, au commandement de l'armée et au principe de subordination qui en découle. Il y a bien des opinions contradictoires sur l'origine et le caractère de la royauté romaine ([211]), mais ce n'est pas ici le lieu d'en faire l'examen critique; je me borne à exposer et à formuler ma manière de voir.

Le roi s'appelle *rex*: celui qui régit (*reg-ula*, *reg-ere*), non parce qu'il gouverne dans le sens juridique, mais parce qu'il commande dans le sens militaire. De même que chez un peuple guerrier l'ordre militaire est le plus important, le plus ancien, qu'il est le point de départ de l'ordre politique, de même aussi la fonction du commandant qui organise et maintient cet ordre extérieur et mécanique, est plus indispensable et plus ancienne que celle du magistrat qui veille sur l'ordre et l'organisation plus abstraite de l'Etat. Ce rapport ne change qu'à mesure que l'ingérence de l'Etat dans des intérêts primitivement abandonnés à eux-mêmes devient plus importante. Mais à l'époque la plus antique les fonctions politiques du Roi le cèdent de beaucoup à ses fonctions militaires. Un commandant intrépide et habile était plus nécessaire à un peuple guerrier qu'un prince sage et pacifique. Le peuple se soumet plus aisément au premier qu'au second. Il suffit de se souvenir de l'esprit républicain dont est issu le droit romain, de cette idée de liberté personnelle, de coordination des individus, de cette répugnance pour l'ingérence des fonctionnaires de l'Etat, etc., pour se

([210]) GELLIUS, XV, 27 : .... *quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari jus non sit, propterea centuriata in campo Martio haberi*. TITE-LIVE, 39, 15 : *cum vexillo in arce posito comitiorum causa exercitus eductus esset.*

([211]) On a été jusqu'à voir l'origine de la royauté dans un sacerdoce, en faisant dériver *rex* de ῥέζειν, sacrifier.

convaincre que le principe de subordination (et ce principe est la royauté elle-même), devait pour la première fois surgir là où la nécessité inéluctable de la subordination allait éclater aux yeux de tous, c'est-à-dire dans la constitution militaire. Le premier roi fut un capitaine élu au commandement en chef à raison de sa valeur militaire, auquel on reconnut le pouvoir indispensable à son office, c'est-à-dire une autorité illimitée, l'*imperium*. Or, comme le peuple entier restait toujours sur le pied de guerre, la dignité du général en chef devait aussi durer toujours. Le roi était un général en chef permanent qui n'avait personne au-dessus de lui.

Le caractère et le pouvoir religieux du roi ne sont comme son pouvoir politique que le produit et le résultat accessoire de son pouvoir militaire. Comment aurait-il pu risquer une bataille sans s'être au préalable assuré par les auspices, du consentement des dieux; comment aurait-il pu compter sur leur assistance, s'il ne se les était rendus favorables par des sacrifices, à lui et à son armée? La religion apparaît chez les Romains comme la compagne inséparable de toute institution importante, de tout lien intérieur ou extérieur de l'Etat, de toute dignité; elle préside à toute résolution importante de la vie publique ou privée. Le père de famille pourvoit pour les siens au culte domestique des dieux; le Roi pourvoit au culte des dieux pour le peuple. Les dieux de Rome ne demandaient point, pour être honorés, la médiation des prêtres; ceux-ci peuvent enseigner le mode dont il faut honorer la divinité pour lui être le plus agréable; mais la faculté de s'approcher des dieux pour soi et pour tous ceux qu'on représente, appartient essentiellement à tout chef d'une société petite ou grande.

La dignité royale n'est donc point le cumul de trois pouvoirs indépendants : le pouvoir militaire, le pouvoir politique et le pouvoir religieux; le roi n'est pas chef d'armée, souverain politique et prêtre : il est chef d'armée, et comme tel il a en même temps le droit de rassembler l'armée dans un but politique et

d'offrir des sacrifices pour elle ([212]). La distinction de ces trois qualités, la séparation des divers pouvoirs qui en découlent et l'institution des fonctions diverses qui y correspondent ne sont que les fruits d'un plus long développement. A ce point de vue postérieur on peut désigner l'*imperium* ([213]) comme la réunion de trois pouvoirs différents; d'après sa nature originaire, il n'est autre chose que le commandement militaire suprême. Ce commandement comprenait, comme l'exigeait la discipline militaire, le droit de vie et de mort *(gladii potestas)*, symbolisé par la hâche qui surmontait les *fasces*, et ce droit ne pouvait être conféré au roi élu que par une délibération spéciale des comices. Cet acte contenait la soumission contractuelle de l'armée sous le commandement suprême de l'élu; aussi celui-ci devait-il être présent en personne pour conclure cette convention avec elle, et la proposition devait émaner de lui-même d'après la loi de l'initiative (II, § 55).

L'*imperium* peut donc également être ramené à l'idée d'une convention, mais seulement en tant qu'il s'agisse de sa concession. Sa continuation et son exercice dans des cas spéciaux sont indépendants du consentement du peuple; il fait naître dès sa concession un rapport permanent de sujétion. L'étendue de cette sujétion était déterminée par l'intérêt militaire, elle allait jusqu'où la réclamait ce dernier, et l'intérêt militaire chez un peuple guerrier a une étendue extraordinaire. L'*imperium* comprenait naturellement le droit de maintenir la discipline militaire, au moyen d'un droit de punir illimité. Un pouvoir

---

([212]) SERV. ad VIRG. III, 80. *Majorum haec erat consuetudo, ut rex esset* ETIAM *sacerdos et pontifex*. Il en était de même dans le cercle plus restreint des curies et des gentes avec leurs chefs, les curions et les décurions. Toute l'organisation de l'État antique repose sur l'imitation.

([213]) L'étymologie de ce mot n'est pas encore élucidée. On a songé à *parere* (obéir), *par* (égal), mais on trouve dans le dialecte osque la forme *embratur* pour *imperator*, qui rend une autre étymologie probable.

qui n'était point refusé sous la république au commandant d'armée, ne pouvait faire défaut au roi. Ce pouvoir de punir militaire, n'était pas, en soi, incompatible avec l'autorité exercée par le roi sur le peuple; l'objet de ces deux pouvoirs était entièrement distinct, l'un s'étendait sur les soldats, l'autre sur les citoyens. Sous la république chacun se renfermait rigoureusement dans sa sphère propre, et ce n'était que lorsque la nécessité forçait de nommer un dictateur — ce que nous appelons aujourd'hui état de siège ou proclamation de la loi martiale — que la population toute entière était soumise à la rigueur des lois de la guerre. Sous les rois, au contraire, cette juridiction militaire avait une étendue infiniment plus grande; elle imposait sa main de fer jusque dans les relations de la vie civile. On ne doit pas attribuer cette extension à la seule violence, à l'usurpation des rois; il y a d'autres considérations qui la motivent ou qui du moins l'expliquent (214). D'abord le pouvoir du roi n'était nullement circonscrit à la période de campagne, et suspendu pendant la durée de la paix ou du séjour dans Rome. Puisque le peuple, même à Rome, restait une armée, le roi devait maintenir aussi la discipline militaire et conserver le droit de la répression militaire. Mais la discipline est une chose

(214) On peut observer le même développement de la juridiction répressive militaire chez les rois normands en Angleterre. V. Gneist, *Die Geschichte des Selfgovernment in England*, Berlin, 1863, p. 86. Au point de vue de leur royauté féodale, les commandants d'armée édictaient des peines contre les délits les plus graves, comme *délits militaires (felonies)*. Sous Henri I, notamment, un grand nombre de cas nouveaux furent érigés en crimes capitaux. Les crimes proprement dits, étaient alors considérés comme *feloniae contra pacem Domini Regis*. — Gneist en cite des exemples (p. 87) : la rébellion contre le roi et le royaume, le meurtre, l'incendie, le brigandage, le faux, même les sévices lorsqu'ils prenaient un caractère tumultueux. L'idée de la *perduellio* ne pouvait être moins élastique entre les mains des rois romains, que celle des *felonies* entre les mains des rois normands.

très élastique, un roi despotique pouvait, même sans user de violence, en étendre la portée de telle manière, qu'un citoyen apte au service ne pût commettre le moindre délit sans que le roi eût le pouvoir de le punir s'il le voulait. Il y avait un autre motif pour accorder au roi le droit de punir, même sur les personnes qui n'appartenaient plus à l'armée active. En sa qualité de commandant de la force armée, il devait défendre l'Etat contre ses ennemis et rétablir la sécurité publique partout où elle était troublée. Peu importait que ces ennemis fussent extérieurs ou intérieurs, et, dans ce dernier cas, qu'ils fussent soumis à la juridiction militaire ou non; ils tombaient tous indistinctement sous la rigueur du glaive. Le peuple n'avait point à statuer sur le sort des ennemis faits prisonniers, il les abandonnait au chef de l'armée seul. Il en était de même quant à la punition des ennemis intérieurs (215). Celui qui agit, en ennemi, en *perduellis* (216), se voit traiter en ennemi : le roi le juge selon le droit de la guerre, il n'y a point lieu à une *provocatio* adressée au peuple. Telle est l'étendue de la *perduellio :* c'est la manifestation d'un esprit hostile contre la chose publique (217).

(215) L'histoire célèbre des Horaces démontre que le roi jugeait le *perduellis ;* c'est ainsi également que Brutus juge, comme revêtu de l'*imperium,* les conjurés qui voulaient livrer la ville à Tarquin. Il y avait *perduellio* dans ce dernier cas, et l'on ne peut s'autoriser comme RUBINO, p. 466 s. des expressions *proditores, proditio,* etc., employées ici et ailleurs, pour admettre qu'il y avait un crime spécial nommé *proditio* et différent de la *perduellio.* Mais en l'admettant même, ce crime aurait été de la compétence du roi.

(216) Perduellis (de *para,* très, et *duellum,* plus tard *bellum*). FESTUS, sub voce : *hostis apud antiquos peregrinus dicebatur et qui nunc hostis perduellis.*

(217) L. 11, ad L. Jul. Maj. (48,4) : *Perduellionis reus est* HOSTILI *animo adversus rem publicam vel principem animatus.* TITE-LIVE, IV, 15 : *Vim parantem, ne judicio se commitleret, vi coercitum esse; nec cum eo tanquam*

Si loin que la juridiction militaire des rois puisse s'être étendue au delà de ces limites, son principe et son domaine originaires se maintiennent dans les bornes de la constitution militaire. Son développement y apparaît aussi intelligible, aussi nécessaire même, qu'il serait au contraire énigmatique au point de vue des idées sur la *vindicta publica*. Que la juridiction royale ait commis des empiètements sur l'autorité du peuple, cela s'explique également, et je ne vois dans la *provocatio* au peuple, qui était dirigée contre les jugements des rois, qu'une défense contre ces usurpations, qu'un appel à la justice du peuple dans des cas où le condamné croyait pouvoir contester la compétence du roi ([218]), et avait intérêt à le faire. Il est inutile que je démontre ici comment et pourquoi dans ce conflit de deux juridictions, la position du roi était infiniment plus aisée que celle du peuple, qui devait avant tout être convoqué par le roi lui-même. L'on ne

---

CUM CIVE *agendum fuisse*. Id., II, 45 : *Edicunt inde.. si quis injussu pugnaverit, ut in* HOSTEM *animadversuros*. De là, la sonnerie des trompettes dans l'exécution de la sentence capitale. SENECA, *de ira*, I, c. 15 : *convocando classico concio*.

([218]) Ce n'était donc point un appel à une instance plus élevée, c'était, si l'on veut, un moyen de nullité du chef d'incompétence. C'est pourquoi la *provocatio* ne pouvait être admise dans les délits militaires ; la compétence du roi y était en effet hors de doute, et c'est à ces cas que l'on doit rapporter les textes qui nient l'admissibilité de la *provocatio* sous la royauté. Pour les délits communs, au contraire, les tribunaux du peuple étaient compétents, et si malgré cela le roi avait statué, le condamné pouvait se réclamer de sa juridiction compétente, c'est à cela que je rapporte les textes qui attestent que : *provocationem etiam a regibus fuisse*. Dans le cas célèbre d'Horace (TITE-LIVE, I, 25, 26), la concession de la *provocatio* fut une grande faveur, car Horace avait tué sa sœur, au moment où il rentrait dans Rome avec l'armée victorieuse, donc comme *soldat*. Voilà pourquoi cette *provocatio* fut si étonnante, et pourquoi le père de Fabius (TITE-LIVE, VIII, 33), l'invoqua comme un précédent, car ce qu'il voulait c'était également la concession de la *provocatio* pour un délit militaire.

doit pas s'étonner non plus de ce que, dans la suite du temps, la participation du peuple à la justice criminelle se soit réduite au minimum que le roi jugeait bon de lui abandonner.

On a reproché à l'opinion que je viens de développer sur la royauté romaine, ou plus exactement, sur son motif originaire, d'insister de parti pris sur le côté militaire. Comme cette critique vient de la part d'hommes (219) devant la compétence desquels, en matière d'antiquités romaines, je crois devoir m'incliner, elle ne saurait me laisser indifférent. D'autres que moi ont senti la nécessité de chercher l'explication de la royauté romaine; lorsqu'on se représente les circonstances qui l'entouraient et le sol sur lequel elle est née, on a peine à se défendre de ce sentiment. L'esprit qui a marqué ses empreintes dans toutes les traces de l'époque primitive n'est pas favorable à la royauté; c'est l'esprit du sentiment viril de soi-même, de l'indépendance et de la spontanéité individuelles, c'est l'idée que chacun est son propre maître, et ne cesse de l'être que dans la mesure de la puissance qu'il a concédée à un autre sur lui. La royauté ne peut, selon moi, se concilier psychologiquement avec cet esprit, que si son introduction peut être fondée sur des raisons qui, même à ce point de vue, devaient revêtir un caractère de nécessité. Or, vainement je cherche ces raisons en dehors du point de vue où je me place. Il n'est pas vrai de dire que l'intérêt de l'administration de la justice ait pu donner naissance à la royauté; lorsque la dette était indéniable, le créancier s'en procurait lui-même l'exécution, sans que l'autorité dût d'abord lui adjuger le débiteur; lorsque la prétention était contestable, les deux parties abandonnaient la décision à un homme de leur choix (p. 196 s.).

---

(219) Par exemple Schwegler, *Römische Geschichte*, I, p. 651.

Je ne puis non plus admettre que la royauté romaine ait dû son existence à la religion comme dans les théocraties de l'Orient. La religion n'apparaît dans la cosmogonie romaine (§ 8) qu'au second rang; Numa ne vient qu'après Romulus, et cette succession est l'image fidèle du rapport existant entre la hiérarchie spirituelle et la hiérarchie temporelle. Il suffit d'avoir la moindre notion de l'esprit romain pour savoir qu'il est impossible que le roi spirituel ait pu être en même temps chef d'armée; mais il n'est nullement étrange, au contraire, que le chef d'armée ou le souverain temporel ait rempli en même temps des fonctions sacrées.

On a voulu, à l'exemple de l'Etat patriarcal, rattacher la royauté romaine à la puissance paternelle ([220]). Cette idée pourrait s'appliquer à un état fondé sur le principe de la famille; mais il suffit de la pousser dans ses dernières conséquences pour juger de sa valeur dans notre matière. Si le monde romain avait eu le sentiment et l'intelligence de cette application de la *patria potestas,* il en eût à coup sûr poursuivi la première réalisation dans l'organisation de la *gens;* le patriarche de la *gens* aurait été l'image originaire naturelle du souverain patriarcal. Mais l'organisation de la *gens* est républicaine jusque dans ses racines : les gentils héritent les uns des autres, ils s'aident mutuellement, prennent des décisions, exercent le pouvoir disciplinaire. On nous parle bien d'un *princeps gentis* ([221]), mais nulle

([220]) Surtout LANGE, *Röm. Alterthümer,* t. I (2e édit.), § 44, bien qu'il soit obligé de convenir de la distance qui les sépare. V. p. 327, 240. Au fond c'est aussi l'opinion de MOMMSEN, *Röm. Geschichte,* I, chap. 5 (4e édit.), p. 64... « Unité évidente de la maison souveraine romaine qui s'étendait » sur Rome entière... » « Il (le roi) a dans la communauté la même puis- » sance que le père de famille dans la maison domestique, et comme ce » dernier il règne à vie... Il a, comme le père, le droit de correction et » la juridiction. »

([221]) MACROBE, Sat., I, 6, in fine, *princeps Corneliae gentis.* SUETONE, Tib., c. 1. *Atta claudio gentis principe.*

part il n'est qu'estion d'un souverain monarchique de la *gens*. Si l'organisation de l'État était faite à l'image de celle de la maison domestique, — et c'est bien cela que l'opinion dont il s'agit tend à établir, — si le poste de père de famille se reproduisait dans celui de roi, comment expliquer que ce poste n'existe pas précisément dans le cercle plus étroit de la *gens*, qui est infiniment plus rapproché de la famille? L'architectonique de l'État antique repose essentiellement sur la reproduction des petites sphères dans les plus grandes, sur la loi d'imitation et de symétrie. En présence de ce fait incontestable rien ne peut expliquer, dans le prétendu emprunt du père à la famille, que l'on ait sauté dans la constitution de l'État par-dessus le chaînon intermédiaire et si important de la *gens*, pour ne pas parler de la curie. La position même du roi romain vis-à-vis du peuple, ne répond en aucune façon à la position spéciale du patriarche, sans compter l'absence de toute indication étymologique en ce sens. Le patrimoine de l'État n'est point domaine royal, il est *res publica*. Le roi n'est pas pris dans le sein d'une famille déterminée, encore moins est-il héréditaire; il est tout-à-fait librement élu. Il n'a pas le moindre pouvoir sur la fortune des particuliers; tandis que la puissance paternelle remet au contraire toute la fortune de la famille entre les mains du père. A l'extérieur même, là où il aurait eu occasion de représenter son peuple, comme père, ce n'est pas le roi qui revêt cette qualité; on nomme pour ce cas exprès un *père artificiel* (*pater patratus*), lequel, après avoir formulé ses plaintes devant le peuple étranger, retombe dans son néant, pour faire place ensuite au roi comme chef d'armée. La formule dont se sert cet envoyé — une des formules les plus anciennes, évidemment, qui nous aient été conservées (Tite-Live, I, 32), — caractérise hautement la position occupée par le roi. Il n'y est pas même question du roi, mais uniquement du peuple! — L'individu s'annonce comme « *envoyé du peuple romain*, » et après avoir achevé l'exposition de ses griefs, il ne menace pas d'en référer au *Roi*, mais avertit que les *anciens* de sa patrie sauront aviser

à ce qui leur reste à faire. La guerre est décidée lorsque la majorité du sénat s'est prononcée dans ce sens, et le roi n'intervient autrement que pour faire voter. Dans la déclaration de guerre, qui suit, il n'est encore nullement question du roi, l'ambassadeur la déclare comme résolue par le sénat, au nom du sénat et du peuple romains. Ce n'est qu'après que toutes ces formalités ont été remplies, lorque l'armée se met en marche, que l'on constate qu'il y a un roi, c'est-à-dire un chef d'armée.

Quoi qu'il en soit, en admettant même que j'aie trop exclusivement insisté sur la qualité de chef d'armée du roi romain, je crois pouvoir affirmer, qu'à ce point de vue la royauté romaine toute entière s'explique d'une manière infiniment plus satisfaisante, psychologiquement et historiquement, que si on rattache son origine à la religion ou à la puissance paternelle. D'autres idées peuvent certes avoir eu leur part d'influence, mais je persiste à soutenir la prépondérance du caractère militaire de la royauté romaine. En présence du peu d'accueil que cette idée a rencontré jusqu'ici, je ne puis m'empêcher de citer au moins une autorité en sa faveur. C'est un passage de Schwegler, *Röm. Geschichte,* I, p. 523, que je transcris ici :

« Le mythe populaire, dit-il, a personnifié dans les deux premiers rois de l'État romain, les deux éléments fondamentaux, si disparates à première vue, du caractère romain : l'esprit guerrier de la nation et sa crainte envers les dieux. Voilà pourquoi le premier roi devait avoir fondé l'État romain par la force des armes, et devait lui avoir insufflé l'esprit de conquête, l'ambition de la suprématie guerrière ; le second devait l'avoir fondé à nouveau par la religion, et la moralisation devait l'avoir en quelque sorte régénéré. L'activité guerrière, telle est donc l'âme même de l'œuvre de Romulus : ses dernières paroles aux Romains, son testament politique en quelque sorte, furent une suprême exhortation à la pratique ardente de l'œuvre des armes. Il est impossible de méconnaître qu'au fond de cette légende réside une idée vraie. Tout État se ressent des conditions de

son origine : nulle société ne peut changer sa base historique. S'il est vrai de dire qu'un royaume doit être conservé par les mêmes moyens qui ont servi à le fonder, la conclusion inverse se présente également avec quelque apparence de vérité : les moyens qui servent à conserver un royaume sont aussi ceux qui ont été mis en œuvre pour le fonder. Donc, un État qui ne subsiste que par l'épée, doit son origine à l'épée. Les nations ont fréquemment déposé dans les légendes sur leur origine le sentiment très exact de leur caractère national et de leur mission historique. Une vente et la fraude devaient être les moyens de fonder Carthage : on ne saurait symboliser plus heureusement l'esprit de ce peuple mercantile. Rome a dû être fondée par le glaive, c'est un héros de la guerre qui doit l'avoir édifiée : aucun autre fondateur n'eût été digne de cette grande nation martiale. »

Telle est l'opinion de SCHWEGLER ; je n'y ajouterai rien quant à la royauté romaine.

Il nous reste à examiner un autre point : c'est l'influence civilisatrice de la discipline militaire sur le peuple romain. L'histoire du droit ne peut, à mon avis, passer cette influence sous silence. Elle se trouve dans la plus étroite corrélation avec cet esprit d'ordre extérieur rigoureux, avec ce respect inviolable de la forme, si éminemment propre au peuple romain. Pour développer ces sentiments nulle école n'est meilleure et plus sûre que la discipline militaire. Certes, l'esprit qu'elle engendre n'est qu'une forme inférieure de l'esprit moral ; il est illibéral : il repose plutôt sur une habitude mécanique que sur l'éducation interne et morale, il a plus en vue la forme extérieure et l'uniformité stéréotypée de l'ordre que son essence intime. Néanmoins il est d'une valeur inappréciable, et un peuple qui veut accomplir de grandes choses doit recevoir une éducation militaire. Lorsque règne la barbarie, c'est la guerre qui place le peuple sous la férule de la discipline militaire, c'est la cure par le fer qui est le plus sûr moyen de guérison pour les peuples. Ce n'est point dans la rigueur que réside la vertu salutaire de la discipline militaire ; un régime despotique peut,

sous ce rapport, la surpasser de beaucoup; mais ce dernier énerve et démoralise le peuple plutôt qu'il ne le fortifie. Tandis que le despotisme n'est que la rigueur de l'arbitraire, la discipline militaire maintient la rigueur de l'ordre. Rien n'égale la discipline militaire pour faire comprendre à l'homme la nécessité de l'ordre extérieur et lui inspirer une aversion invincible pour tout ce qui est désordre, défaut de formes et manque de règles.

Le peuple romain avait le bonheur de posséder une constitution qui le maintenait, dans la paix comme dans la guerre, sous le joug de cette discipline militaire. Lorsqu'il eut fait son éducation (222) sous ce régime, et que l'esprit d'ordre et de légalité fut devenu pour le peuple une seconde nature, on put restreindre sans danger la discipline au temps de la guerre. La soif de conquêtes des Romains les précipitait sans cesse dans des guerres nouvelles et procurait successivement à chaque génération l'avantage d'une éducation militaire. La guerre leur enseigna le prix de l'ordre, la paix celui de la liberté, et la jeunesse romaine, élevée à l'école sévère de l'obéissance, commencée dès la maison paternelle sous la *patria potestas*, se rendit digne et capable de commander à son tour.

L'influence de cette éducation se manifeste au plus haut degré dans l'histoire du peuple romain aussi bien que dans son droit. C'est le mérite de HEGEL (223), malgré la manière outrée dont il

(222) Les Romains eux-mêmes le reconnaissaient; v. par exemple une réflexion de TITE-LIVE, *Lib.* II, 1, sur l'époque de la royauté.

(223) *Philos. der Geschichte*, 1840, p. 346 : « En effet elle (la fondation de l'État) implique immédiatement l'idée de la discipline la plus dure, ainsi que celle du sacrifice pour le bien de tous. Un Etat qui s'est formé lui-même et qui repose sur la force, doit être maintenu par la force. Une pareille origine ne fait pas naître une cohésion morale et libérale, mais un état forcé de subordination. » V. surtout p. 350, où l'auteur observe notamment que la plèbe dans ses révoltes contre l'ordre légal fut souvent ramenée au repos par pur respect pour les formes.

accentue cette idée (p. 100), d'avoir appelé l'ettention sur l'influence que la discipline militaire a exercée sur l'esprit romain. Mieux que nul autre l'historien du droit est à même d'apprécier la valeur de cette observation, pourvu qu'il sache suivre l'indication qu'elle lui donne. Ce formalisme du droit romain, que nous apprendrons à connaître dans le second système comme un de ses caractères les plus saillants, où peut-on mieux en découvrir l'idée première si ce n'est dans le formalisme de la discipline militaire, à moins de l'admettre comme un fait inexplicable et inexpliqué? Qu'est-il donc, s'il n'est, comme le formalisme militaire, l'ordre pour l'ordre, la discipline des actes juridiques, qui tient inexorablement à la rigueur de l'uniformité et qui punit irrémissiblement toute faute, tout écart même indifférent et sans importance, de l'ordre extérieur? Le formalisme fut pour le droit romain la même école de discipline et d'ordre qui gouvernait le peuple dans les camps.

Au camp, le peuple se rompait à cette subordination, à cette rigueur littérale, qu'il retrouvait ensuite dans les formes de sa vie juridique; un chef d'armée, vieilli au service, n'aurait pu établir et surveiller l'ordre extérieur du commerce juridique avec plus de rigorisme et de sévérité que ne le firent les jurisconsultes anciens. Nous ne pourrons décrire qu'en exposant le second système, l'influence bienfaisante que cette discipline des affaires juridiques exerça sur le développement du droit romain, mais nous pouvons affirmer dès à présent, que le sentiment guerrier de la population eut la plus large part dans la grandeur du droit romain.

CHAP. III. — *Le principe religieux et son influence sur l'État et sur le droit*

Différence du droit religieux (*fas*) et profane (*jus*). — Manifestation de l'élément religieux dans les diverses parties du droit, spécialement dans le droit criminel. — La peine comme moyen expiatoire religieux. — L'*homo sacer*. — Le droit privé.

Civitas quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset. CIC., de nat. deor., II, 2.

21. Les éléments du monde juridique romain que le développement de ce travail a présentés jusqu'ici à nos yeux, se meuvent tous dans la terne et prosaïque sphère de l'opportunité. Ce sont des idées et des institutions à tendances pratiques, précieuses et indispensables à ce titre, mais sans aucune élévation morale. Jamais que je sache un droit et un État ne furent édifiés à l'aide de pareils matériaux. « Tout ce qu'un peuple veut tirer » de son propre sein, dit excellemment JACQUES GRIMM, lui reste » semblable; tout ce qu'il ose toucher de ses mains, est profané; » sans l'inaccessibilité, il n'y a rien que l'homme puisse vénérer » et respecter comme saint. »

Partout où le droit apparaît pour la première fois dans l'histoire, il est en relation avec une autre puissance qui, en lui imprimant le sceau d'une consécration plus auguste, l'arrache aux vicissitudes des intérêts et de l'opportunité, à la critique de la raison, à l'arbitraire de la force nue, et le place dans un éloignement que l'on ne peut franchir et qui engendre le respect. — Cette puissance, c'est la religion. Les commandements

du droit sont érigés en commandements de Dieu, soit isolément, lorsqu'ils sont d'une importance et d'une gravité morales spéciales, soit dans leur ensemble. Ni l'intention, ni le calcul, ni une fraude pieuse n'en sont la cause; mais bien le sentiment de la nature morale du droit, qui, comme voix de Dieu, est subjectivement perceptible pour la nature religieusement douée, et qui, objectivement, impose ses inspirations et ses vues comme des révélations divines. L'Orient, grâce à l'exaltation de son sentiment religieux, découvre partout cette voix de Dieu, dans les rapports et dans les commandements du droit, comme dans ceux de la morale; les sphères du droit, de la morale et de la religion, n'y ont point leur autonomie propre, l'idée de la volonté divine les range toutes sur une seule et même ligne. Mais l'esprit plus froid des peuples civilisés de l'Occident admet à côté des commandements et des rapports du droit et de la morale, qui lui apparaissent avec l'éclat de dispositions et d'institutions divines, d'autres dispositions dont l'origine et le caractère purement humains lui sont bien connus. Chez le peuple grec, cette séparation ne s'est faite que dans les temps historiques (224); chez le peuple romain, au contraire, elle se fit à l'origine des siècles. Dès sa première apparition, ce peuple apporte avec lui l'antithèse du *fas* et du *jus*, qui porte l'empreinte de cette séparation, comme si dès le principe il avait voulu constater sa mission pour le monde juridique et son pouvoir d'analyse.

Fas, c'est le droit religieux, saint ou révélé (225). Il com-

(224) K. F. HERMANN, *Ueber Gesetze, Gesetzgebung und gesetzgebende Gewalt im griechischen Alterthum.* — Tiré à part du t. IV des Travaux de la société scientifique de Göttingen, ibid,, 1849, p. 7. s. L'antithèse se manifeste dans les mots θέμις et θεσμός d'une part, νόμος et δίκη de l'autre. Dans Homère on ne rencontre que θεσμὸς et jamais νόμος.

(225) ISID., Orig., V, 2 : *Fas lex divina, jus lex humana est.* SERV. ad GEORG., 1, 269. *Fas et jura sinunt i. e. divina humanaque jura permit-*

prend aussi bien la religion, en tant qu'elle prend un aspect juridique (dans notre langage actuel, le droit ecclésiastique) que le droit privé et public, en tant qu'il a un côté religieux. Cette distinction, bien qu'elle ne ressorte point du mot *fas* lui-même, nous servira à nous rendre compte avec précision de son étendue. Le droit n'a pas tout entier un caractère religieux; la substance religieuse ne pénètre plus, si j'ose ainsi m'exprimer, l'organisme tout entier; Dieu et les hommes, la religion et l'État se sont déjà séparés et ont établi leurs frontières respectives. Le *jus* est d'institution humaine, il est donc variable et perfectible. Sa force obligatoire réside dans l'accord général du peuple, son inobservation ne lèse que des intérêts purement humains. Au contraire, le *fas* est immuable car il se fonde sur la volonté des dieux : à eux seuls appartient le droit de le modifier. Celui qui transgresse le *fas* outrage la divinité. On peut dire qu'au moyen du *fas* le droit romain plonge dans l'Orient, tandis qu'au moyen du *jus*, il embrasse l'Occident; le premier est son côté stable, le second son côté progressif. Ce dualisme du droit, imprimé dans le langage, c'est-à-dire arrivé jusqu'à la conscience même du peuple, et que nous avons rencontré dès nos premiers pas dans cette matière, prouve déjà la force analytique de l'esprit romain. Sous le rapport de l'histoire de la civilisation, c'est un évènement remarquable; il marque un des progrès les plus importants de la conscience humaine.

---

tunt, nam ad religionem fas, jura pertinent ad homines. La racine sanscrite *bhâ*, dont on fait dériver habituellement ce mot, signifie : paraître, de là les mots grecs φαίνειν et φάος, la lumière. Pott, *l. c.*, p. 195 : Il faut rapprocher de là φημί et fari, de la racice *bhash* (parler). Pott, p. 271. Il y a ici la même corrélation entre paraître, montrer et dire (montrer en paroles) que dans *dicere* (p. 165, note 109). *Fas* signifie donc étymologiquement ou bien ce qui paraît, la lumière, ou bien une indication (divine), un oracle divin, comme *fatum*. V. sur l'étymologie de *jus*, p. 219, note 165.

Le terrain même que nous abordons nous montre les influences de la religion. Les dieux, l'Etat et les individus y ont pris place. Mais les dieux ne sont pas seuls à jouir de la protection de la religion : les murs de la ville, les limites des fonds privés, les pierres mêmes, les arbres, les fossés, les fruits des champs, etc., y participent de même; celui qui dégrade les murs, qui déplace les bornes, qui vole nuitamment les fruits, pêche contre les dieux, il encourt leur colère et s'expose au châtiment le plus sévère (226).

Mais ce qui importe bien plus aux dieux que le sol, c'est le monde moral qu'il supporte; ce qui leur importe surtout, c'est tout ce qui se rattache à leur service immédiat, le culte et la constitution de l'Église, si l'on peut employer ici ces expressions modernes. VARRON divisait cette matière (*res divinae*) en quatre catégories (227), qui rappellent les trois catégories des jurisconsultes : *personae*, *res*, *actiones*. A la catégorie des *personae* correspondait celle : *de hominibus*, où il traitait des autorités religieuses; à la deuxième catégorie (*res*) correspondait celle : *de locis*, où il traitait des lieux sacrés : *res sacrae* et *religiosae*; à la troisième catégorie (*actiones*) correspondaient les deux dernières : *de temporibus*, ou des temps et des jeux sacrés, et *de sacris*, des consécrations et des sacrifices. Le but de cet ordre était d'attirer le peuple tout entier au culte des dieux, et cela non pas librement, de manière que l'homme irréligieux eût pu s'y soustraire et laisser les prêtres prier et sacrifier à sa place, mais au moyen de la contrainte juridique, et de telle manière que chacun fût forcé d'accomplir les actes qui lui étaient imposés. Le service divin était une institution publique; comme toute autre elle était

(226) V. sur l'inviolabilité des bornes, RUDORFF, *Schriften der römischen Feldmesser*, II, p. 236 s.

(227) BECKER-MARQUARDT, *Handbuch der römische Alterthümer*, VI, p. 3.

protégée par une obligation juridique. Le peuple, en effet, est responsable envers les dieux, même pour l'individu isolé; c'est sur le peuple entier qu'ils se vengent des fautes, des négligences et des outrages de l'individu. Aussi cette réglementation ne se borne-t-elle pas aux *sacra* du peuple tout entier et de toutes les collections d'individus qui le composent, elle pénètre jusque dans le sein des familles. Ses gardiens, les *pontifices*, veillent au règlement des *sacra privata* dans les successions et les arrogations. Ce sont comme des droits de succession qui frappent toute hérédité (*nulla hereditas sine sacris*).

Ce n'était pas une main parcimonieuse qui avait taillé la part des dieux. La dépense annuelle pour les jeux, les fêtes et les sacrifices était certainement plus lourde, dans l'antiquité, que tous les autres postes du budget de l'Etat romain ensemble. Tandis que le trésor public se trouvait souvent dans des situations critiques, et devait recourir à des emprunts, les dieux jouissaient toujours du bien-être le plus complet et des revenus les plus riches — le domaine de l'Eglise était inviolable. Propriété des dieux (*res divini juris*), il se trouvait hors du *commercium* (228). Ce ne fut que plus tard que l'on essaya d'amoindrir le revenu des dieux en retirant au fonds ecclésiastique, pour l'appliquer au fonds temporel, le produit des frais de justice dans les *legis actiones sacramento*. Outre les temples directement consacrés au culte divin, les lieux sacrés et le mobilier qui les garnissait, le domaine de l'église comprenait les immeubles affectés à l'entretien des prêtres et au paiement d'autres dépenses. Mais il avait encore en plus d'autres sources de revenus. Nous n'insis-

(228) Grâce à cette sécurité dont jouissait le domaine de l'église, on déposait volontiers dans les temples des choses précieuses et des titres importants (*sacro commendatum*. Cic., de leg., II, 16). Au surplus les *res religiosae* et *sacrae* dépouillées de leur consécration pouvaient devenir *profanae*. Böcking, *Pandectes*, I, § 69, note 9 (2e édit.).

terons pas sur la question de savoir, si la dîme dont l'église a eu tant à se réjouir, et dont l'existence est établie même dans l'antiquité romaine, était une institution obligatoire; il nous est attesté que l'on avait anciennement l'habitude de s'y engager par vœu ([229]), usage qui plus tard doit évidemment être tombé en désuétude, car la tradition des temps postérieurs ne nous parle plus que de cas isolés ([230]). En revanche, les amendes des parties succombantes dans les procès civils revenaient à l'église, et dans les crimes graves la fortune entière du coupable était dévolue à la divinité courroucée ([231]). Les fautes contre l'ordre et les règlements religieux *(piacula)* étaient expiées par les *piamenta*, correspondant aux amendes du droit civil ([232]). Une source de revenus libre, mais très productive, d'après les mœurs romaines, se rencontrait dans les vœux *(vota)* par lesquels on avait coutume d'acheter la bienveillance et le soutien des dieux pour des entreprises de toute espèce. Quant au culte dont

([229]) Dans MACROBE, Sat., III, 12 : *Varro... testatus, majores solitos decimam Herculi vovere*. Varro de L. L. VI, 54. *Herculi decuma*. FESTUS : DECIMA *quaeque veteres diis suis offerebant*. Il en était de même chez les Pelages, d'après le témoignage de VARRON, rapporté par MACROBE, Sat. I, c. 7 : *decima praedae secundum responsum Apollini consecrata*.

([230]) MACROBE, III, 6. (Dîme du commerce). TITE-LIVE, V, 21. (Dîme du butin de la guerre).

([231]) Par exemple celle de l'*homo sacer* (V. plus bas). D'après ISIDORE, Orig., VI, 29 (reproduit note 250), et SERV. ad AEN., I, 632 : *Sacrificia de bonis* DAMNATORUM, la succession de tout condamné exécuté était consacrée à la *supplicatio* des dieux. « *De bonis* EXECRANDORUM, ajoute SERVIUS, *sacrae res fiebant*.

([232]) V. à ce sujet DANZ, *Der sakrale Schutz*, p. 98 s.; on distinguait les *hostiae majores* et *minores*. La *pecunia publica* au moyen de laquelle le père d'Horace devait expier le crime de son fils (TITE-LIVE, I, 26), dut être employée à des achats de bétail pour les sacrifices. Il n'était pas rare de faire aux dieux des présents sur les amendes. V. par exemple TITE-LIVE, X, 23, 33.

le soin incombait aux diverses communautés et aux familles, c'était à celles-ci à en supporter les frais.

Cependant la constitution de la religion et de l'église ont peu d'intérêt pour notre matière ([233]); il est infiniment plus important pour nous de voir comment l'élément religieux et le *fas* pénétraient la vie toute entière. Commençons par l'État.

L'État avec son organisation est, au moyen d'une consécration religieuse, placé sous la protection de la religion; il est converti, en quelque sorte, en un édifice divin, auquel on ne peut rien changer sans la volonté des dieux qui y habitent. Il n'y a aucune partie de cet édifice qui ne soit consacrée à quelque divinité. Les Romains ne pouvaient concevoir une union politique sans lien religieux; aussi non seulement toute *gens*, toute curie, toute tribu a son culte divin particulier, mais encore lorsque Rome veut contracter avec d'autres peuples une alliance durable, elle doit entrer en même temps en communication religieuse avec eux. C'est pourquoi Rome accueille les dieux de tous les peuples avec lesquels elle s'allie; elle, de son côté, leur ouvre le culte de Jupiter Capitolin, protecteur de tout l'État romain. Les dieux sont des dieux d'État : leur domaine ne peut s'étendre au delà de celui de l'État, mais il s'étend nécessairement aussi loin; il s'étend et se restreint dans la même mesure que le domaine de l'État. La division politique du peuple a donc aboli l'unité originaire du culte national ([234]). Pour chaque État qui se divi-

([233]) On ne peut cependant omettre d'en faire mention en exposant l'histoire du droit et c'est avec raison que Walter, *Röm. R. Geschichte*, chap, 1, 18 (3e édit.), en a fait l'objet d'une étude minutieuse, à laquelle je renvoie.

([234]) Je ne puis omettre d'emprunter ici à l'ouvrage abondant en renseignements excellents d'Ambrosch, *Studien und Andeutungen im Gebiete des altrömischen Boden und Cultus*, 1e livr., Bresl., 1839, la remarque suivante sur la matière : Bien que Jupiter et Junon (p. 178), dussent leur origine à une idée commune à tous les Latins, cette unité se brisa dès que la vie politique se fut développée à Albe, à Préneste, à Gabies et à

sait, la divinité se fractionnait à son tour en autant de divinités particulières désormais complètement étrangères les unes aux autres. La pérégrinité politique et religieuse suivait la marche de l'alliance politique et religieuse. Le non-citoyen ne pouvait honorer les dieux de Rome; leur culte était obligatoire pour le citoyen. Celui-ci aurait violé ses devoirs de citoyen en priant des dieux étrangers.

Celui qui représente l'État ou une unité politique quelconque, les représente aussi vis-à-vis des dieux; les fonctionnaires sont des prêtres nés; les fonctions religieuses constituent toujours une partie nécessaire de leur office. Ils peuvent bien être instruits dans la connaissance des rites par des personnes appartenant à l'état religieux, mais l'acte religieux en lui-même émane d'eux; la capacité nécessaire leur est conférée en même temps que leur charge elle-même. Le roi, et plus tard le consul, font les sacrifices et consultent les auspices à Rome comme au camp.

Le premier soin de l'État étant de se conserver la faveur des dieux (235), il veille à leur service avec sollicitude. Les sacrifices, les fêtes et les jeux se succèdent. Tout méfait, toute faute qui pourrait irriter les dieux, entraîne une expiation. On observe

---

Rome; la divinité nationale devint romaine, gabine, etc., et dès lors aussi la *religio gabina* devint *peregrina* pour les Romains. En un mot, l'unité nationale originaire du culte fut détruite par la séparation politique du peuple, à tel point que si les membres de la nation venaient ensuite à se rencontrer de nouveau dans le cours de leur développement politique, ils devaient commencer par rétablir la communauté de leurs dieux au moyen d'un traité international. Ce rapport de pérégrinité était naturellement réciproque. Le romain, avant la dernière paix avec les Latins, était considéré à *Lavinium* comme un étranger par rapport aux *sacra Lanuvina*, de même que le citoyen de *Lavinium* était étranger à Rome quant aux *sacra publica* du peuple romain.

(235) Tite-Live, XXXVIII, 48 : *civitas quae omnibus rebus incipiendis gerendisque deos adhibet*. Cic., de nat. deor., II, 2 : *civitas, quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset.*

avec attention tous les signes, tous les prodiges qui peuvent indiquer leur volonté, et si malgré ce soin leur courroux s'allume, c'est-à-dire, si Rome éprouve du malheur, les prêtres et les augures s'épuisent à en rechercher la cause; le peuple, le Sénat et les autorités multiplient les vœux, les décisions et les œuvres agréables aux dieux, pour rentrer dans leur faveur. A chaque entreprise importante on s'assure d'abord du consentement de la divinité, en consultant les auspices; des sacrifices et des prières ouvrent les délibérations, et d'après leur nature, le *fas* détermine les jours où elles peuvent avoir lieu. Les questions religieuses les plus insignifiantes ont toujours le pas, dans l'ordre du jour, sur les questions temporelles les plus importantes (236). On se rassemble dans les lieux sacrés même pour traiter les affaires profanes; c'est un temple qui sert de lieu de réunion aux curies et au Sénat, et les fonctionnaires ont coutume de tenir leurs *conciones* dans un temple (237).

Le *fas* ne contient pas seulement des prescriptions au sujet de la forme extérieure des affaires, mais aussi une foule de principes politiques (238). Nous avons déjà mentionné que la constitution antique avait reçu une consécration religieuse; les rapports entre la religion et le droit public se maintiennent même sous la république. Ainsi, par exemple, il était contraire au *fas* que le dictateur restât plus de six mois en fonctions. Ainsi encore, les *leges sacratae*, et les tribuns qu'elles avaient accordés au peuple, étaient placés par le serment du peuple tout entier sous la protection de la religion, et quiconque les lésait était déclaré *sacer*. La religion rendait dans cette cir-

(236) GELL., XIV, c. 1 : *de rebusque divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse.*

(237) RUBINO, *l. c.*, p. 211.

(238) C'est pour cela que celui qui avait à faire une proposition de loi y ajoutait la clause antique : *si quid fas non sit rogari, ejus rei hac lege nihil rogatur*. V. sur cette clause, IV, 219, ss. et 230.

constance aux plébéiens le service de protéger leurs droits politiques, tandis qu'en d'autres matières elle leur était ordinairement défavorable, puisqu'elle prenait sous sa tutelle les priviléges des patriciens. La circonstance que la constitution antique avait été cimentée au moyen d'éléments religieux, en fit pour les patriciens un boulevard puissant contre les assauts de la plèbe; en effet, l'attaque et la défense intéressaient également les dieux, et les idées religieuses soutenaient et ennoblissaient la résistance politique.

Toute fonction publique entraînait pour celui qui en était revêtu l'obligation de prêter, dans les cinq jours après son acceptation, le serment de remplir fidèlement les devoirs de sa charge ([239]). Il n'en était pas ainsi pour les fonctions publiques seulement, le serment accompagnait toute obligation quelconque que l'on assumait dans une circonstance publique ([240]), et de

([239]) Le magistrat devait donc fonctionner *provisoirement* pendant cinq jours. TITE-LIVE, XXXI, 50. *Magistratum autem plus quinque dies, nisi qui jurasset in leges, non licebat gerere.* C'était probablement aussi dans les cinq jours que, selon la constitution antique, le roi devait faire présenter la *lex curiata de imperio,* pour être en pleine possession de son pouvoir. Cela explique pourquoi on ne laissait en fonctions que cinq jours les *interreges,* qui ne devaient pas avoir ce plein pouvoir : ce n'étaient d'après cela que des rois apparents. Ce délai fut ensuite appliqué au serment professionnel, s'il est vrai (comme l'admet MOMMSEN, *Hist. politique de Rome,* I, 506), que ce dernier n'ait été introduit que plus tard ; aussi les *interreges* n'avaient-ils pas à prêter ce serment. La *lex curiata de imperio* et le serment professionnel étaient les signes, l'un d'un état provisoire, et l'autre d'une situation définitive. LANGE, *Antiq. rom.*, I, p. 608 (2e édit.), a fait la remarque de l'analogie du délai de cinq jours pour *jurare in leges* et de la durée des fonctions de l'*interrex;* mais il n'y a pas rattaché la combinaison d'idées signalée plus haut.

([240]) Ainsi le soldat prête lors du recrutement le serment de service, (*sacramentum*) puis le serment du camp, et les soldats entre-eux, librement dans l'origine, et plus tard en vertu de la loi, font serment de ne pas prendre la fuite, de ne quitter les rangs que pour certains motifs, etc.

même un serment confirmait toute déclaration faite devant l'autorité ([241]). Le serment se retrouve aussi dans le droit international. Il accompagnait toujours les traités internationaux, qu'ils fussent conclus par le chef de l'armée seul et sous la réserve de la ratification du peuple (*sponsio*), ou qu'ils fussent conclus par les féciaux, au nom et en vertu d'un mandat du peuple (*foedus*) ([242]). L'appui de la religion était plus que partout ailleurs indispensable pour le droit international, qui à toute époque réalise avec le plus de difficulté l'idée du droit. Les dieux des deux parties veillaient aux traités jurés, et les actes qui en avaient été dressés se conservaient dans le temple de Jupiter Capitolin, centre religieux de tout l'Etat romain ([243]). Une déclaration de guerre faite à un peuple avec lequel on avait conclu un traité pareil, devenait ainsi une question religieuse; elle exigeait une procédure religieuse internationale contre la nation qui avait violé sa foi, et les féciaux proclamaient ensuite que la guerre était *purum piumque bellum*. (Tite-Live, I, 32).

Le droit criminel est la partie de la législation dans laquelle, chez tous les peuples parvenus à un certain degré de développement, la religion manifeste le plus hautement son influence.

Gellius, XVI, 1. Tite-Live, II, 45. Les juges aussi avaient à prêter serment, il est à peine besoin de le dire.

([241]) Par exemple, les déclarations lors du recensement, Tite-Live; (43-14): v. aussi le *solemne juramentum de uxoribus*, sur la réalité des intentions conjugales dans les mariages sans enfants : Gell., IV, 20, Les personnes publiques elles-mêmes qui voulaient ne laisser aucun doute sur la réalité de leurs affirmations ou de leurs menaces, avaient l'habitude de faire un serment public.

([242]) Tite-Live, I, 24. Le nom de *pater patratus*, que portait celui qui prêtait le serment, ne reposerait-il pas sur l'idée qu'il représentait le peuple romain vis-à-vis de l'étranger comme le père représente son fils? Si cela était, la *noxae deditio* internationale se ramènerait au même point de vue que la *deditio* privée du fils par le père.

([243]) Hartung, *Religion der Römer*, t. II, p. 11.

Cette observation trouve sa confirmation dans le droit romain. Les deux idées fondamentales du droit criminel, le délit et la peine, apparaissent dans l'antiquité avec cet aspect religieux; le délit y est une offense à la divinité et la peine un moyen expiatoire. Si nous entrons ici dans quelques explications, c'est qu'il ne s'agit pas seulement des traces isolées du principe religieux, mais d'une vue fondamentale, d'un nouveau point de départ originaire de tout le droit criminel. (V. les autres, à la page 213.)

Les Romains ne considéraient pas comme outrage aux dieux toute injustice ou toute faute qui méritait la vengeance individuelle ou populaire, ou qui donnait lieu au droit de punir du roi. Le voleur, le brigand n'avaient offensé que des hommes; c'étaient les hommes qui poursuivaient leur châtiment; les dieux n'intervenaient point. Mais d'autres délits contenaient une offense envers les dieux et les hommes ou envers les dieux seuls. En présence de pareils méfaits, l'État n'avait qu'un seul devoir : apaiser les dieux et se reconcilier avec eux, afin que leur colère ne retombât point sur lui-même (*ut religione civitas solvatur*, Cic., pro Caec., 34). Ce soin était dévolu au tribunal ecclésiastique, aux *pontifices*. Ceux-ci avaient recours, selon l'importance du délit ou de la faute, soit à une simple expiation (*expiatio*), qui avait surtout lieu dans les cas de négligence (*si imprudens erraverit*), soit à une peine qui pouvait, comme pour les vestales, s'élever jusqu'à la mort. Nul ne pouvait, sous peine d'offenser lui-même les dieux, rester en communion religieuse avec le coupable, tant que celui-ci n'avait point expié son méfait : il était impur, il n'avait point accès au culte des dieux. Le parjure, entre autres, appartenait à cette catégorie d'infractions purement religieuses. L'ordre juridique civil n'était pas troublé par l'homme parjure, l'État n'avait ni intérêt ni droit à le punir. Mais la colère divine ne le frappait que plus sévèrement. L'état d'*impiété* dans lequel il se trouvait, entraînait l'exclusion perpétuelle de la communauté religieuse; il était et restait *exsecratus*, à moins que pour des motifs spéciaux, un décret du peuple tout

entier, qui assumait par ce fait toute la responsabilité sur lui, ne vînt donner à l'autorité religieuse le moyen de l'admettre de nouveau dans le sein de la communauté (*resecrare*) ([244]).

Nous ne nous étendrons pas sur ces délits et sur ces fautes d'un caractère purement religieux et qui n'ont point d'intérêt pour le droit. Occupons-nous des délits proprement dits. En tant que nous puissions en juger, ils étaient tous fondés sur cette idée que l'ordre temporel avait été troublé en même temps que l'ordre spirituel, et que la peine à infliger au coupable devait les venger l'un et l'autre dans sa personne. Les dieux courroucés doivent être apaisés, sinon ils font retomber leur colère sur la communauté entière. Celle-ci, en effet, est responsable envers les dieux, comme envers les peuples étrangers, des fautes de ses membres; si elle ne les abandonne pas (en droit international par la *deditio* [p. 216], en matière religieuse par l'*aquae et ignis interdictio*, etc.), elle fait l'injustice sienne ([245]). En châtiant le coupable qui s'est rendu impur par son méfait, elle le purifie et elle se purifie elle-même ([246]). C'étaient là les idées de l'antiquité sur les délits et les peines, telles qu'elles résultent clairement d'une foule de données qui se sont transmises jusqu'à nous. — Le mot *Poena*, que l'on rapproche du grec ποινή pour y voir l'amende expiatoire ([247]), contient étymo-

([244]) V. pour de plus amples détails : DANZ, *Der Sakrale Schutz*, chap. 1.

([245]) C'est pourquoi ceux qui prêtaient serment avaient coutume, lorsqu'ils appelaient sur leur tête la peine céleste pour le cas du parjure, d'ajouter une réserve au profit de l'État. FESTUS, sub voce lapidem... *si sciens fallo, tum me Diespiter* SALVA URBE ARCEQUE *bonis ejiciat*, etc.

([246]) L'idée de la pureté et de l'impureté qui joue un si grand rôle dans les religions orientales, avait aussi une grande influence à Rome; je rappellerai la *censualis lustratio* du peuple, la purification des enfants (FEST. sub lustrici), de la famille du défunt (FEST. sub denicales; *locus* PURUS par opposition à *locus religiosus*.

([247]) RUBINO, *l. c.*, p. 460 : celui qui la souffre, la paie (*dat, solvit, pendit*), celui qui veut la faire appliquer, la réclame (*petit, expetit, exigit*), celui

logiquement l'idée de pureté ([248]), comme *castigatio (castum agere)* : l'*incastus, incestus*, l'homme souillé, est par elle purifié, et *luere*, expier (d'où : *poenas luere*), c'est *lavere, lavare*, laver ([249]). *Supplicium*, la peine de mort, ramène étymologiquement à l'idée d'apaisement des dieux (*subplacare, supplex*). Cette relation religieuse se montre aussi dans les peines elles-mêmes. Quant à la peine de mort en général, rappelons les *supplicationes* en usage dans le *supplicium*, (il nous est attesté que la succession de l'exécuté ([250]) était employée à apaiser les dieux); quant à l'exécution de la peine de mort par pendaison, souvenons-nous de l'*arbor infelix*, consacré aux divinités souterraines; quant à la décapitation, elle rappelle le voile mis sur la tête du supplicié, l'analogie de la hâche sacrée ([251]). L'on a même établi un rapprochement avec les sacrifices humains des temps primitifs ([252]). L'histoire célèbre d'Horace est pleine d'enseignements sur cette question. *Ut coedes manifesta*, dit TITE-LIVE, *aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri, ut filium expiaret pecunia publica.* Si le meurtrier avait été frappé de la peine de mort proprement dite qu'il avait méritée, pareille expiation n'eût pas été nécessaire. Le caractère religieux des peines pécuniaires ou plutôt de la confiscation, car il n'y a point d'amendes religieuses, que je sache, ressort du mot *consecratio bonorum.*

qui l'exécute, la prend à lui (*sumit, capit, habet poenas*) ; REIN, *Criminalrecht der Römer*, p. 284, ne veut entendre le mot *poena* que de la satisfaction privée.

([248]) POTT, *Etymologische Untersuchungen*, I, p. 252. Comparez : *pu-rus* πῦρ (ce qui purifie), *pu-tus, pu-teus, pu-nire.*

([249]) *Luere* s'est conservé avec ce sens originaire dans *lustrum, lustratio, lustricus*, etc.

([250]) ISIDOR., Orig., VI, 29 : *Supplicia dicuntur supplicationes, quae fiebant de bonis passorum supplicia.* Serv. ad Aen., I, 632.

([251]) Je me borne à citer E. PLATNER, *De jure crim. Rom.*, p. 36 s.

([252]) NIEBUHR, *Hist. rom.*, t. I, p. 557 (éd. allem.). REIN, *Droit crim. rom.*, p. 34.

Son pendant, dans l'ordre temporel, est la *publicatio bonorum*. A mesure que le caractère religieux du droit criminel fit place à un caractère profane, la *consecratio* perdit du terrain, et l'État exerça les confiscations dans son propre intérêt, lorsqu'il n'y avait pas d'obstacle religieux (253), de même que plus tard il s'appropria, dans les mêmes cas, le *sacramentum* dans les procès civils. Le *sacer esse* et l'*aquae et ignis interdictio*, soit qu'on les conçoive, d'après l'opinion dominante, comme des peines proprement dites, soit qu'on partage à leur égard la manière de voir que je vais développer, confirment mieux qu'aucun autre vestige de l'antiquité, l'opinion que j'ai énoncée plus haut sur la conception originaire du délit.

L'*homo sacer*, vivait dans un état de proscription religieuse et temporelle. Voué à la vengeance de la divinité qu'il avait outragée par son méfait (254) (*sacer*), exclu, comme conséquence, de toute communion humaine, privé de tous ses biens au profit des dieux, le coupable pouvait être mis à mort par le premier venu. Être *sacer* était-ce avoir encouru une peine? Non, à mon avis. Certes, si l'on entend par peine un mal qui s'attache à la perpétration d'un délit, être devenu *sacer* était la peine la plus grave que l'on puisse imaginer, car il n'y a point de mal que cette situation ne renfermât; elle constituait en fait le dernier degré de la persécution et de l'humiliation. L'ennemi aussi était privé de droit, mais ce qni aggravait la position de l'*homo sacer*, c'était l'élément psychologique; c'était la conscience d'être pour les dieux et pour les hommes un objet d'horreur, de malédiction et d'exécration, d'être, comme un pestiféré, rejeté de la communauté des hommes parmi les bêtes fauves, d'être fui et évité par

(253) Par ex. sous les décemvirs. TITE-LIVE, III, 58 : *bona* PUBLICATA *sunt*.

(254) Il n'était pas exposé à la vengeance de tous les dieux, du moins on ne mentionne régulièrement que des divinités déterminées.

tout le monde, si même il ne se rencontrait pas quelqu'un qui considérât comme un acte méritoire de lui ôter la vie; en un mot, c'était le sentiment de la malédiction qui pesait sur lui, c'était le stigmate de la proscription qui rendait sa position aussi misérable qu'elle était. La peine, d'après son idée originaire démontrée plus haut, n'était point un simple mal; elle avait pour but de purifier le délinquant, de le réconcilier avec les dieux et les hommes. L'homme *sacer* au contraire, son état eût-il même duré pendant toute une vie, n'arrivait jamais à une pareille fin expiatoire. Celui qui était ainsi frappé mourait tel qu'il avait vécu, *homo sacer*, irréconcilié vis-à-vis de Dieu et des hommes: le glaive de la justice aurait été souillé au contact de son sang, il était en dehors du droit, à tel point que le pouvoir criminel n'avait plus même à s'occuper de lui. L'état de l'*homo sacer* ne peut donc être défini autrement, à mon sens, que l'état du malfaiteur impie, privé de tout espoir de rentrer dans la communion des hommes et de la religion.

Mais toute espèce de faute, qui était considérée comme un outrage envers les dieux, n'entraînait pas comme conséquence de rendre *sacer* celui qui la commettait. Tout délit outrageait les dieux, mais certains délits seulement, d'après ce qui nous est attesté, imprimaient ce caractère à leurs auteurs; par exemple, les sévices commis par les enfants sur leurs parents, la trahison du client par son patron, l'enlèvement des bornes (255). Lorsque des historiens postérieurs rapportent ces cas à des lois royales (256), on sait ce que cela veut dire, c'est une manière de désigner les coutumes de la plus haute antiquité. La république ajouta quelques cas dans les *leges sacratae*;

(255) On peut ramener sous ce point de vue l'histoire légendaire du saut exécuté par Remus, par-dessus les murs de la ville, et du meurtre de Remus par son frère, qui en fut la suite. V. p. 285.

(256) V. les sources dans Den. d'Halyc., II, 10,74. Serv. ad Aen., VI, 609. Festus, sub termino, plorare.

la menace de rendre *sacer* était employée, à cette époque, comme simple moyen d'atteindre un but politique, notamment pour prévenir par la crainte qu'elle inspirait, toutes violations des concessions accordées aux plébéiens [257].

Le dernier état des choses, dans lequel être *sacer* apparaît comme peine comminée par la législation, ne doit pas nous induire en erreur sur sa nature originaire. Le *sacer esse*, une fois existant, pouvait être utilisé par la législation, mais il n'a pas été introduit par elle, pas plus que l'infamie qui se trouve dans le même cas. Aucun législateur n'imagine des institutions telles que la peine du *sacer* et l'infamie, ou s'il les essaie, comme dans la peine de la privation de la cocarde nationale, il manque totalement son but. De pareilles institutions n'émanent que du sein même du peuple: elles contiennent l'expression spontanée du sentiment moral de la généralité, elles sont un jugement de condamnation prononcé et exécuté par le peuple lui-même. Le pouvoir public est le maître d'établir les peines les plus sévères, mais ce qu'il ne peut point, c'est prescrire au peuple ce qu'il doit penser du caractère moral d'une action.

Le caractère tout entier du *sacer esse* indique qu'il n'est pas né sur le sol d'un ordre juridique réglé, mais qu'il remonte jusqu'à la période de la vie présociale. Il est un fragment de la vie primitive des peuples indo-germaniques. Je ne rechercherai pas ici si le mot grec ἐναγής [258] a quelque rapport avec cet état, mais l'antiquité germanique et scandinave nous montre incontestablement le frère de l'*homo sacer* dans le banni ou forestier, (*wargus*, *vargr*, le loup, et dans le sens religieux : le loup saint, *vargr y veum* [259]. Ce rapprochement his-

[257] FESTUS : SACRATAE *leges sunt, quibus sanctum est : qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque.*

[258] SCHNEIDER, *Griech-deutsch. Lexikon :* Un homme rendu impur par son crime, maudit, exécrable; ἐναγὴς ἔστω τοῦ Ἀπόλλωνος Aesch. or. Pour *sacer, jure jurando obstrictus.* »

[259] WILDA, *Strafrecht der Germanen*, t. I, p. 278, 280.

torique, qui n'a pas été fait jusqu'ici, que je sache, est d'une valeur inappréciable pour l'intelligence exacte du *sacer* romain. C'est l'opinion généralement dominante (260), que je sache, que l'on ne devenait pas *sacer* par une conséquence immédiate du délit, mais qu'il fallait d'abord une condamnation ou tout au moins une constatation du fait. Comme la critique que j'ai élevée dans la première édition de cet ouvrage contre cette opinion a passé inaperçue, je me vois obligé, puisqu'il s'agit ici d'un point capital, de l'établir d'une manière plus approfondie que je ne l'ai fait alors. Ce rapprochement me sera très utile à cette fin.

Il prouve en effet, que ce que l'on considère comme une impossibilité pour l'antiquité romaine — le meurtre du proscrit sans jugement et sans droit, — a été une incontestable réalité dans l'antiquité germanique. D'après le droit islandais, le délinquant qui avait été pris sur le fait, et avait ainsi encouru la proscription, pouvait être tué sans autre forme de procès. Il en était de même d'après l'ancien droit norwégien, pour le meurtrier (261); après coup même, la législation des *grâgâs*, permettait ce meurtre à la personne lésée comme à ses amis, et dans certaines circonstances, à tous ceux qui avaient une connaissance exacte du fait (262). Mais quelle garantie y avait-il qu'un

(260) V. la littérature antérieure dans Rein, *Röm. Kriminalrecht*, p. 32. Parmi les auteurs plus récents je nommerai Marquardt dans le manuel des antiq. rom. de Bekker IV, p. 229 et Mommsen, *Röm Geschichte*, 4e éd. allem., t. I, p. 178 : « Celui qui avait été ainsi maudit (*sacer*) n'était pas hors la loi; une proscription aussi contraire à tout ordre civil n'est apparue qu'exceptionnellement à Rome, comme aggravation de l'anathème religieux, pendant la discorde civile. »

(261) Wilda, *l. c.*, p. 283 et 285.

(262) Wilda, p. 307,308. Le droit saxon (Landrecht), autorisait l'application de la loi de Lynch au malfaiteur pris sur le fait; les campagnards pouvaient se constituer en tribunal, rendre le jugement et l'exécuter de suite. Wilda, p. 133,294.

innocent ne serait pas tué, sous prétexte de proscription? L'auteur du meurtre devait prouver qu'il avait tué un homme qui avait encouru la perte de la paix : ceci publiquement reconnu, le mort était déclaré hors la paix ([263]).

Ce qui a subsisté pendant des siècles dans l'ancien droit germanique était-il donc impossible à Rome? ([264]) Si le voleur nocturne pouvait être tué, immédiatement, sur le fait, pourquoi pas aussi le fils qui avait levé la main sur son père? A quoi bon une procédure de constatation —invention dont MARQUARDT a doté la procédure criminelle de Rome—lorsque l'acte avait été accompli sous les yeux de tous, lorsque le tribun par exemple avait été publiquement maltraité? L'ancien droit n'offre pas la moindre preuve à l'appui de pareille procédure; lorsqu'un fait était clair et indubitable, il n'exigeait aucune procédure ultérieure (p. 125). Lorsqu'il s'agit de la simple constatation de faits douteux, l'ancien droit choisit, comme on le sait, la forme de la *sponsio praejudicialis* devant le magistrat unique : — nous ne connaissons aucune autre forme. Que l'on se figure maintenant cette forme de procédure dans son application au dernier cas mentionné plus haut, et que l'on ajoute encore cette seconde mesure, que l'auteur cité juge nécessaire : la *consecratio* du coupable par le *pontifex maximus* ([265]), et l'on pourra nous dire si jamais un plébéien eût été assez candide et assez

([263]) WILDA, p. 308.

([264]) Pour ne pas omettre même un exemple emprunté au XIXe siècle, je citerai le Code de Daniel I du Monténégro, Vienne, 1855, dont le § 13 autorise tout Monténégrin sans distinction à tuer un traitre à la patrie et un malfaiteur, dès qu'il apprend, qu'il est un traitre et que l'autorité du pays le poursuit.

([265]) *l. c.*, p. 229 : « Le Pontifex Maximus qui prenait les tribuns sous sa » protection, devait aussi avoir le maintien de cette protection. » Les plébéiens auraient eu peine à comprendre la rigueur de cette conclusion.

crédule pour attacher la moindre valeur à l'inviolabilité de ses tribuns, soumise à de pareilles conditions et confiée aux mains d'un juge et d'un pontife patriciens. Les patriciens avaient complètement tué chez les plébéiens la foi dans l'impartialité de leur justice! Qui donc aurait pu empêcher le Pontifex Maximus de remettre de mois en mois la *consecratio* du coupable? Quel recours y avait-il contre la sentence du juge qui, avec l'audace connue des patriciens, aurait déclaré qu'un fait patent n'était point prouvé? S'il avait dû y avoir une assemblée du peuple pour constater de pareils faits, qui aurait pu contraindre le magistrat à la convoquer? En un mot, toute cette opinion se heurte, par rapport aux *leges sacratae*, à une impossibilité profonde, et si palpable que les plébéiens auraient dû être dénués de bon sens pour se laisser leurrer par l'apparence d'une pareille inviolabilité de leurs tribuns. La valeur des *leges sacratae* consistait précisément en ce qu'il ne fallait aucune formalité, ni l'intervention d'aucun patricien, pour abattre un patricien qui avait violé les droits fondamentaux du peuple ([266]).

Examinons maintenant les témoignages positifs en faveur de l'une et de l'autre de ces opinions. Dion Cassius (53,17) nous atteste expressément que l'on pouvait tuer sans jugement ni droit personnel (ἄκριτον), l'*homo sacer*, tandis que Denys d'Halicarnasse (II, 10), semble avancer le contraire ([267]). L'argument le

([266]) C'est ce que reconnaît aussi Mommsen (note 261); il ne pouvait en être autrement.

([267]) Le mot ἐξελεγχθείη peut signifier la simple notoriété, mais le mot ἁλόντα semble indiquer une procédure judiciaire. Je ne vois pas comment Marquardt peut concilier le texte de Festus, *sub sacer mons*, qu'il invoque : *at homó sacer est is, quem populus* JUDICAVIT *ob maleficium* avec son opinion qui rejette expressément un jugement proprement dit de la part du peuple. Ceux qui veulent ici entendre le mot *judicare* dans son sens propre comme Danz, par ex. *Der Sakrale Schutz*, p. 51, paraissent ne pas s'apercevoir, qu'ils attribuent ainsi d'une manière absolue, donc

plus sûr que nous possédions se trouve dans la formule au moyen de laquelle la loi comminait la peine du *sacer*. Dans toutes les lois prétendues ou réelles, que nous rapportent les auteurs plus récents, cette formule mentionne la peine du *sacer* comme une suite immédiate du délit : *si fecerit, sacer esto* ou *leges eum, qui fecerit, sacrum esse jubent* (268). Le juriste comprend la valeur de ces termes, mais pour le philologue qui pourrait ne pas apprécier la force de cet argument basé sur le langage concordant de toutes les lois romaines et de tous les jurisconsultes, il ne sera pas superflu de le mettre dans son véritable jour, par un exemple frappant. Je le trouve dans l'infamie, qui a en un certain sens tant d'analogie avec le *sacer esse*. L'édit du préteur attachait l'infamie tantôt à la seule perpétration d'un délit, tantôt à la condamnation judiciaire fondée sur un délit commis. Il y était dit dans le premier cas : *qui fecerit*, dans le second : *qui condemnatus, judicatus fuerit, infamia notatur*. Dans le premier cas, l'infamie avait lieu sans jugement; dans le second, elle ne naissait que comme conséquence du jugement. Il pouvait toujours être douteux, si le fait avait été réellement commis, tout comme pour le *sacer*, et il était possible que la question devînt l'objet d'une instruction judiciaire. Mais lorsque le juge y répondait affirmativement, l'infamie, pas plus que la peine du *sacer*, n'attendait la sentence du juge; celle-ci ne faisait que reconnaître ce qui

même pour l'époque royale, la juridiction criminelle au peuple. L'expression *populus judicavit* se concilie fort bien avec mon opinion que la proscription du *sacer* était une sorte de justice de Lynch. Ainsi s'explique pourquoi Festus a mis *populus*, au lieu de *comitia*, et *judicare*, au lieu de *condemnare*.

(268) Ainsi dans les prétendues lois royales : 1. Serv. ad Virg., Aen., VI, 609 (*patrones*); 2 et 3. Festus, *plorare* (*nurus, puer*); 4, Festus, *aliuta;* 5. Festus, *termino*. De même dans les *leges sacratae* de la république. Festus, *sacratas leges* et *sacer mons* (*qui eo plebiscito sacer sit*) Tite-Live, II, 33, III, 55. V. aussi X, 38.

existait depuis longtemps (de là : *qui* EO PLEBISCITO *sacer sit*, note 268) : en d'autres termes, elle n'avait pas effet constitutif, mais effet déclaratif.

Dans quelques-unes des *leges sacratae* était ajoutée la clause suivante : *si quis eum, qui eo plebiscito sacer sit, occiderit, parricida ne sit* (269), ou *qui creasset, cum jus fasque esset occidi neve ea caedes capitalis noxae haberetur* (270), clause incompréhensible, si l'on admet que dans chaque cas particulier le peuple devait d'abord déclarer le coupable hors la loi; car la disposition qui porte que celui qui a tué le malfaiteur en vertu de cette autorisation, ne peut être poursuivi pour meurtre, est suffisamment claire par elle-même. Cette formule n'avait de sens que dans l'hypothèse que chacun fût libre de tuer le malfaiteur, sans jugement et sans droit personnel.

Mais, objectera-t-on, quel redoutable danger cela ne suspend-il pas sur la tête de tout homme soupçonné d'avoir commis une action qui pouvait le rendre *sacer !* J'ai déjà répondu à cette objection (p. 283) par rapport au proscrit du droit germanique. Au prix de sa propre tête on peut aujourd'hui tuer un autre homme : à Rome comme dans l'antiquité germanique, tout individu qui tuait un prétendu *homo sacer* ou un proscrit courait le même risque. S'il ne parvenait pas à fournir lors de l'accusation de meurtre portée contre lui-même, la preuve du crime de celui qu'il avait tué, il répondait sur sa propre vie de son homicide; s'il apportait cette preuve, il était indemne. Dans l'opinion que je combats, il aurait dû, même dans ce dernier cas, être jugé et exécuté, car il avait tué un homme qui n'était pas encore *homo sacer*. Le même sort aurait dû atteindre, par exemple, celui qui avait protégé un père contre les mauvais traitements de son fils; en tuant ce dernier : un ancien romain aurait eu de la peine à comprendre une justice pareille.

(269) FEST., LEGE PRIMA TRIBUNITIA *cavetur : si quis*, etc.

(270) Lex. Val. Hor. TITE-LIVE, III, 55.

Aux témoignages historiques cités jusqu'ici en faveur de l'opinion que je défends, il faut ajouter celui de la légende romaine du fratricide de Romulus. Remus par dérision avait franchi les murs tracés par son frère, Romulus le tua sur le fait. Pourquoi? Les limites de la ville comme celles des champs étaient placées sous la protection des dieux (271); celui qui y portait atteinte devenait *homo sacer*. Si la légende (272) fit périr le premier *homo sacer* à Rome par la main de son frère, ce ne fut point pour jeter une tache sur le héros qui avait fondé Rome, mais au contraire pour le glorifier de ce qu'il n'avait pas même épargné son propre frère, dans un cas où il s'agissait de sauvegarder l'ordre divin. Romulus, qui tue son frère, est le précurseur de Brutus laissant mettre ses enfants à mort : à Rome, le droit a le pas sur l'amour d'un frère ou d'un père. D'après l'opinion opposée, Romulus aurait été un meurtrier, il aurait dû, avant de tuer son frère, le faire d'abord déclarer *homo sacer!*

Le bannissement présentait une grande analogie avec la situation de l'homme *sacer*. Lui aussi, bien que constituant un mal très grave, n'était cependant pas une peine (273); c'était un moyen de se soustraire à la peine, moyen que les Romains, comme on le sait, laissaient à l'accusé jusqu'à sa condamnation.

(271) V. au surplus SCHWEGLER, *Röm. Geschichte,* I, p. 389, note 15.

(272) SCHWEGLER, *l. c.*, p. 438, la compte avec raison parmi les mythes aitiologiques : « Elle était comme la légende du rapt des Sabines la démonstration mythique d'un principe juridique existant, du principe antique que la violation des murs de ville consacrés entraînait la mort. Ce principe, la sainteté des murs de la ville et la criminalité de leur violation, ne pouvait pas être prononcé d'une manière plus tranchée et accentué avec plus d'énergie qu'en racontant que le fondateur de la ville avait pour une violation pareille tué son propre frère, comme exemple pour la postérité. »

(273) CIC., pro Cæc. c. 34. *Exilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam qui volunt poenam subterfugere aut aliquam calamitatem, eo solum vertunt,* etc.

Pour dégager l'État de toute responsabilité envers les dieux, il fallait de sa part un décret par lequel il répudiait toute communion avec le délinquant. C'était l'*aquae et ignis interdictio*. Ce n'était point un exil purement politique; cette peine avait un caractère religieux, elle montrait en fait la sollicitude pour la pureté de la société, en la purgeant des éléments qui la souillent. En effet, le feu (274) et l'eau sont les symboles de la pureté; ils jouent un rôle dans chacun des actes accomplis par une société religieuse, par exemple dans les sacrifices qui unissent Dieu et les hommes, dans la célébration du mariage, dans les alliances, etc. (275). Ce n'est donc point comme éléments indispensables à la vie, ainsi qu'on le dit habituellement, que la patrie les refuse au criminel fugitif; en lui enlevant ces symboles d'une communion sans tache, qu'il pourrait souiller en en faisant encore usage, elle lui arrache la participation à la communauté.

Avant d'abandonner l'influence de la religion sur le droit criminel, nous devons nous rappeler l'adoucissement qu'elle apportait, dans une foule d'occasions, à la rigueur des peines. Les dieux de Rome vengeaient d'une main les injures qui leur avaient été faites, mais ils étendaient l'autre pour protéger ceux qui étaient poursuivis et sans défense. Il y avait des lieux et des temps sacrés où la poursuite et la peine étaient suspendues. Devant la colère du chef de famille, ses subordonnés volaient à l'autel domestique; devant la vengeance du lésé, le coupable fuyait dans le temple ou dans un asile. L'idée d'asile se rattache à la naissance de Rome elle-même, et

(274) Ainsi s'explique la corrélation de πῦρ et feu avec *purus*, pur, *expir*, moyen de purification (Festus, *h. v.*), *februare*, purifier.

(275) V. Hartung, *Religion der Römer*, 1e partie, p. 198 s. Pellegrino, *Andeutung über den ursprünglichen Religionsunterschied der Patricier und Plebejer*, p. 27 s. Serv., ad Virg. Aen. IV, 103 : *aqua et igne adhibitis*, et XII, 110 : *Sane ad facienda foedera aqua et ignis adhibentur*. Festus, sub voc. *facem* et *aqua*.

bien que l'asile soit ici un moyen d'atteindre un but politique, c'est la religion cependant qui le rend inviolable ([276]). Aux *lectisternes*, lorsque les haines et les dissensions faisaient trève, on enlevait leurs chaînes aux prisonniers, et l'on se faisait scrupule de les leur remettre ensuite ([277]). Pendant les saturnales, fêtes du dieu qui répandait les bénédictions et les joies de la vie, on permettait aux esclaves et aux délinquants de prendre part à l'allégresse universelle. Les premiers goûtaient un moment les douceurs de la liberté, les seconds se voyaient pour toujours délivrés de leurs chaînes, qu'ils avaient ensuite l'habitude d'offrir au Dieu qui les leur avait enlevées ([278]). Lorsqu'un prêtre de Jupiter *(flamen dialis)* entrait dans une maison où se trouvait un détenu, le *fas* commandait de lui enlever ses liens et de les faire sortir de la maison par le toit; lorsqu'un condamné conduit à la flagellation le rencontrait et tombait à ses pieds, l'exécution devait être suspendue ([279]). La religion s'ouvrait ainsi une voie, dans bien d'autres cas encore, à travers l'ordre rigoureux du droit et de la vie civile, et un rayon d'humanité, réfléchi par l'image des dieux, venait réchauffer la surface glacée du monde juridique de Rome.

Le *droit privé* et la *procédure civile*, dont nous allons maintenant nous occuper, étaient, par leur nature même, bien moins accessibles aux influences de la religion, que le droit public et le droit criminel. En effet, à part le droit de la famille, tous

---

([276]) Hartung, *l. c.*, t. II, p. 57.

([277]) Tite-Live, V, 13... *Jurgiis ac litibus temperatum; vinctis quoque demta in eos dies vincula; religioni deinde fuisse*, QUIBUS EAM OPEM DII *tulissent, vinciri.*

([278]) Hartung, *l. c.*, II, p. 125, 126.

([279]) Gell., X, 15.

les rapports du droit privé ont en eux-mêmes un caractère absolument prosaïque et profane. Les questions du mien et du tien, de propriété et d'obligation, n'ont par elles-mêmes rien de commun avec les dieux; ce n'est qu'indirectement, en tant que la charge des *sacra* reposait sur les biens, que l'intérêt religieux exerçait une réaction sur les droits quant aux biens (280). Ces rapports d'intérêt matériel pouvaient encore prendre un caractère religieux, et être portés ainsi devant les tribunaux ecclésiastiques (§ 22).

Il ne nous reste donc, au fond, que la famille et la maison domestique. Il n'entre pas dans notre cadre de dépeindre la vie religieuse au sein de la maison domestique, telle qu'elle s'était formée d'après les usages et les prescriptions de la religion. Nous renonçons à montrer comment le sentiment de la divinité pénétrait toute la vie de la famille dans l'époque antique, comment la maison était devenue la résidence des dieux domestiques, le foyer leur autel; comment la prière, les actions de grâces, les sacrifices, les vœux, la purification, les auspices, entretenaient le père de famille et les siens dans une continuelle relation avec les dieux, à tous les évènements importants de la vie domestique ou économique, à la naissance comme à la mort, pendant la maladie comme après la guérison, aux semailles comme à la récolte : tout cela concerne les *mœurs* romaines et n'a pas de rapport avec le droit.

Mais ce qui appartient au droit, ce qui est de nature juridique, c'est la paix domestique, l'inviolabilité de la maison domestique romaine, assurée par le *fas* (II, § 36 et s.), la formation et la dissolution de la *famille*. Lorsque dans les temps les plus antiques, le mari emmenait sa femme chez lui, l'observation des usages habituels dans cette circonstance n'était point,

(280) J'ai déjà mentionné à propos de l'*homo sacer*, les rapports du patron et du client et l'inviolabilité des bornes. Il faut citer encore la *legis act. per pignoris capionem* pour créances d'un caractère religieux (GAIUS, IV, 28).

comme plus tard, une question de coutume, mais une question de droit. C'est la plus ancienne forme sacrée de célébration du mariage : la *confarreatio*. La *pontifex maximus* et le *flamen dialis* sont présents, et l'alliance doit être scellée par un sacrifice solennel. La renonciation à la famille propre par l'entrée dans une famille étrangère (*arrogatio*), exigeait la coopération du collège des pontifes; la simple adoption d'un enfant étranger était, au contraire, que nous sachions, un acte purement profane; le culte domestique (les *sacra*), qui reposait sur les épaules du père de famille et non sur celles de l'enfant, n'en recevait aucune atteinte. La mort du père de famille et le trouble qu'elle apportait dans la communion religieuse des membres de la famille, donnait à la même autorité une nouvelle occasion de prendre certaines mesures jugées nécessaires. La doctrine du *jus pontificium* avait établi des règles fixes sur ce qu'il fallait faire en cette occurrence, et sur la manière de régler les *sacra;* c'est pour ce motif que le collège était convoqué lors de la confection du testament (*in comitiis calatis*), pour sauvegarder d'avance, en quelque sorte, les intérêts religieux. L'inhumation même, qui était avant tout un objet d'usages religieux, pouvait donner lieu à des questions de droit (*actio funeraria*, p. 295, note 286).

L'ordre du temps, sanctifié par le *fas*, et le *calendrier* confié comme conséquence aux *pontifices*, exerçaient aussi une influence sérieuse sur les rapports du droit privé et sur la procédure civile ([291]). La réglementation des Dimanches, si je puis employer cette expression moderne, c'est-à-dire la fixation de ce dont on pouvait s'occuper les jours fériés, et de ce dont on devait s'abstenir, ne fut nulle part, peut-être, aussi minutieusement ordonnée, ni aussi religieusement observée qu'à Rome. Mais cela nous ramène aux *pontifes*.

([291]) V. sur une autre prétendue influence de la religion sur la procédure antique, t. III, p. 354 s.

Les développements qui précèdent sur l'influence immédiate de la religion, ont besoin d'être complétés pour le droit privé et la procédure, par l'examen de l'influence qu'exerçait sur ces matières l'autorité ecclésiastique des *pontifes*. Cette influence s'étendait infiniment plus loin que la religion elle-même.

Le collège des pontifes. — Sa compétence dans les questions du *fas*. — Étendue de son action. — Juridiction volontaire et contentieuse. — La *legis actio sacramento* = procédure du tribunal ecclésiastique.

Omnium tamen harum legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, et quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.
(POMPONIUS, L. 2, § 6 de O. J. (1, 2.)

22. L'antiquité romaine connaît trois autorités ecclésiastiques, dont on reporte la fondation jusqu'à Romulus, Numa et Ancus Martius, c'est-à-dire jusqu'à l'époque la plus reculée. C'étaient : le collège des augures, celui des pontifes et celui des féciaux. Les fonctionnaires civils gardaient toujours, il est vrai, les fonctions religieuses indispensables à l'exercice de leurs fonctions, par exemple, les auspices et les sacrifices, mais les doutes, les controverses et les contraventions à l'ordre religieux étaient de la compétence exclusive de ces fonctionnaires religieux ([282]).

Il est possible, assurément, que leurs fonctions aient été dans l'origine plutôt consultatives, mais leurs avis acquirent bientôt

([282]) Cela est suffisamment connu en ce qui concerne les *pontifices*. Quant aux féciaux, je ne puis que renvoyer le lecteur aux ouvrages qui en parlent, par exemple, RUBINO, *Untersuchungen über röm. Verfassung*, p. 170 s. Le *fas* est expressément invoqué dans la formule solennelle conservée par TITE-LIVE, I, 23 : *audiat fas*. Les sources mentionnent une foule de décisions des augures, sur le *fas*, par exemple la décision célèbre d'Attus Navius (TITE-LIVE, I, 36), et d'autres (RUBINO, p. 219, 220).

comme on le voit si souvent, l'autorité d'une sentence judiciaire. Le collège des pontifes est le seul qui présente un intérêt direct pour notre matière, et nous allons essayer d'ébaucher le tableau de son action et de sa position dans la vie juridique (283). On peut considérer ce collège comme un tribunal ecclésiastique, et en rappelant ainsi les tribunaux ecclésiastiques du moyen âge, on ne doit pas reculer devant une comparaison plus directe. C'est, en effet, un phénomène surprenant, que presque les mêmes matières de droit civil dans lesquelles s'ingéra, au moyen âge, l'autorité législative du *summus pontifex* de la Rome moderne, et dont l'application était réservée aux tribunaux ecclésiastiques, étaient confiées, plus de dix siècles auparavant, aux soins du *pontifex maximus* (284), et qu'après avoir été développées dans la pratique du collège des pontifes et des tribunaux ecclésiastiques, elles ont passé avec la procédure même dans les tribunaux du moyen âge. Le *fas* de la Rome antique est le *jus canonicum* de la Rome du moyen âge, aux deux époques existait le *jus utrumque* dans lequel les juges ecclésiastiques et les juges civils devaient également être versés. Comme le fait observer Rubino (285), au *jus pontificium qua ex parte cum jure civili conjunctum esset* (Cic., Brut., c. 42), appartenait notamment le droit de famille, et l'on trouve encore dans les Pandectes des traces de la jurisprudence

(283) Je reviendrai plus tard sur les *pontifices*, au point de vue technique. Ici il ne s'agit que de l'étendue de leur action.

(284) C'étaient notamment les théories du mariage, des degrés de parenté considérés comme empêchements de mariage, l'année du deuil, le serment, le *votum*, le testament. On remarque de part et d'autre le soin du calendrier.

(285) Rubino, *l. c.*, p. 213, a le premier, que je sache, relevé et démontré dans des cas particuliers la corrélation du *jus civile* avec le *jus pontificium*. L'œuvre de Hüllmann, *Jus pontificium der Römer*, n'a pas fait faire de grands progrès à cette matière, pour ce qui nous concerne.

pontificale. « La validité de la célébration du mariage (je transcris les paroles de RUBINO), la transgression des empêchements » matrimoniaux, l'existence de la paternité ou de la parenté » légitime, tout cela avait autant d'influence sur l'obligation » au deuil, sur la célébration des *sacra*, sur l'expiation de » l'inceste, que sur les rapports civils. Il en était de même dans » le droit sur les choses, par exemple dans les questions de » propriété, chaque fois qu'il s'agissait de distinguer les lieux » sacrés des fonds privés; mais surtout dans les hérédités, à » cause des *sacra* qui s'y rattachaient, et dans une foule d'autres cas. De là devait naître l'influence réciproque qu'allaient » exercer sur un droit, les règles empruntées à l'autre; on peut » présumer cependant, que sous ce rapport, à cause de leur » instruction plus grande, les prêtres avaient la prépondérance dans les temps les plus reculés. »

Mais l'influence des *pontifices* sur le droit civil, fut encore plus immédiate que ne le pense RUBINO; il y avait vraisemblablement des actions qui ne pouvaient, comme au moyen âge, être intentées que devant le tribunal ecclésiastique ([186]), et d'autres qui, bien qu'elles dussent être intentées devant un tribunal civil, supposaient cependant une décision préalable du

([186]) Dans cette classe se rangeaient, à mon avis, les prétentions relatives à la sépulture, notamment l'*actio funeraria* (transportée plus tard dans l'édit du Préteur; mais dont la structure toute entière démontre clairement qu'elle n'est pas née sous l'influence des idées du droit civil); la *legis actio sacramento* (voir plus loin). A l'époque de Papinien encore, le collège des pontifes pouvait contraindre l'héritier à l'érection du monument qui lui avait été imposée par le testateur. L. 50, § 1, de her. pet. (5,3)... *tamen Principali vel Pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.* — Il était contraire à la logique rigoureuse du droit civil que les *jura sepulchrorum* restassent à l'*indignus* qui était privé de l'hérédité (L. 33, de relig., 11,7), et au *suus heres* qui s'abstenait (L. 6, ibid.); et je suis tenté d'attribuer cette inconséquence à l'influence du droit ecclésiastique.

collège des pontifes sur une question préjudicielle du *fas*. Outre les exemples cités par RUBINO et dans la note, je citerai comme institutions qui durent leur développement au droit ecclesiastique, la théorie du temps ([287]), celle de la *pignoris capio* ([288]) et du *votum* ([289]); les Romains eux-mêmes rangent dans cette catégorie l'*usucapio pro herede*. Le *pontifex maximus*, ou même tout le collège, assistait, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer (§ 21), à certains actes juridiques, comme la célébration du mariage *per confarreatio*, l'*arrogatio* et le *testamentum in comitiis calatis*, et leur présence donnait à la jurisprudence ecclésiastique l'occasion d'exercer une influence sur la théorie de ces actes ([290]).

L'influence des pontifes doit s'être exercée également sur le développement du droit criminel; les livres pontificaux, en effet, ont appris à la postérité, que sous les rois existait la *provocatio* au peuple pour les condamnations criminelles prononcées par eux, et ces livres n'auraient assurément pas accueilli ce renseignement sans une raison pratique. Le collège des pontifes doit donc avoir figuré dans la *provocatio* d'une manière qui nous est restée ignorée. Vu le caractère religieux du droit criminel antique, il est probable que cette intervention ne se limitait pas

([287]) Surtout la *computatio civilis;* GELLIUS, III, 2, rapporte une décision du pontife Quint. Mucius sur son application à l'établissement de la *manus* par *usus;* je citerai également le jour intercalaire, etc.

([288]) En tant qu'elle eût rapport au droit ecclésiastique. La loi des XII tables la considère sous cet aspect. GAIUS, IV, § 28.

([289]) Lorsque des fonctionnaires ou le peuple faisaient un vœu, c'était d'habitude le *Pontifex maximus* qui en prescrivait la formule. TITE-LIVE, XXXI, 9, XXXVI, 2, XLI, 21. VALERIUS MAXIMUS, VIII, 13, 2, loue Metellus de ce que *senex admodum pont. max. creatus tutelam caeremoniarum per duos et viginti annos neque ore in votis nuncupandis haesitante... gessit.* V. BRISSONIUS, de Vocibus ac formul., I, cap. 128.

([290]) RUBINO, p. 213, observe avec raison qu'il n'était question des *sacra* à cette occasion, ni exclusivement, ni même principalement.

au cas de la *provocatio*. Il y a controverse sur la question de savoir si la juridiction pénale particulière des *pontifices* était restreinte aux délits contre la religion, commis par des personnes ecclésiastiques (291). Mais le fait que le ravisseur d'une vestale était condamné à mort par eux (292), est un exemple qui prouve que leur juridiction criminelle s'étendait plus loin.

D'après les renseignements concordants de quelques auteurs d'une époque postérieure (293), l'influence des *pontifes* dans l'antiquité ne se bornait nullement à ces matières, mais elle s'étendait sur tout le droit et sur toute la procédure civile. L'art d'interpréter les lois et le dépôt des formules des *legis actiones*, nous dit l'un de ces écrivains, appartenaient exclusivement au collège des pontifes, pendant le premier siècle de la république, et il déléguait chaque année un de ses membres pour remplir cette branche de son office. Un autre mentionne que le droit civil resta pendant plusieurs siècles confondu avec la religion, et qu'il n'était connu que des pontifes; et de ce renseignement il résulte même que les pontifes faisaient avec intention un secret du droit. Si notre critique moderne refuse d'ajouter foi à ce renseignement, elle a certes le droit de considérer comme impossible que le droit soit sorti du patrimoine commun du peuple, pour devenir une doctrine secrète des pontifes. Mais d'un autre côté, elle s'avance trop en réduisant ce renseignement à la simple constatation du fait que les formules des actes juridiques étaient principalement conservées par les pontifes (294). Dans tous les cas, je tiens pour avéré que les

(291) Geib, *Geschichte des röm. Kriminalprozesses*, p. 74 s., prétend, contrairement à l'opinion reçue, qu'elle était limitée à cette sphère étroite.

(292) Tite-Live, XXII, 5, 7.

(293) Par exemple Pomponius, L. 2, § 6, de orig. jur. (1-2). Valer. Max., II, 5, § 2. Tite-Live, IX, 46, aussi, parle d'un *jus civile repositum in penetralibus pontificum*.

(294) Rubino, *l. c.*, p. 225.

pontifes doivent avoir exercé, dans l'ancien temps, une influence tout à fait décisive sur le droit civil et sur la procédure, sinon, comment cette tradition aurait-elle pu se former? Ils durent même, pour pouvoir exercer cette influence, avoir une part pratique importante dans les relations juridiques et dans l'administration de la justice, car il est sans exemple dans l'histoire qu'une autorité qui n'a rien à voir en pratique dans une matière, ait pu en formuler les principes et les formes et les imposer à l'autorité chargée de les appliquer ([295]). Il importe donc de reconnaître le milieu dans lequel s'exerçait l'activité pratique des pontifes, de rechercher comment, sans avoir été chargés par l'État de l'administration du droit, ils en sont arrivés par le moyen de délégations volontaires, à y prendre une part aussi prépondérante.

La vie romaine connaissait trois formes sous lesquelles un homme versé dans la connaissance du droit pouvait mettre au service du public ses connaissances et son habileté. C'était l'exercice des trois professions de rédacteur et écrivain d'actes juridiques *(cavere* et *scribere)*, de conseil *(respondere)* et d'arbitre *(receptum arbitri)*. Il est inutile de faire remarquer que les pontifes, plus que personne, dans l'antiquité, étaient aptes à la première de ces fonctions. Hommes maniant la plume et la parole, obligés et habitués à rédiger avec tout le soin et la prudence nécessaires la foule des actes et des formules que leur vocation ecclésiastique leur permettait tous les jours d'ébaucher, familiers avec les principes du droit ecclésiastique qui intéressaient tant d'actes de la vie civile, ils étaient pour la Rome antique, ce qu'ont été partout les ecclésiastiques aux périodes

([295]) Il n'y a point d'exception pour les Lévites chez le peuple d'Israël ni pour les avocats de la loi en Islande. DAHLMANN, *Geschichte von Dännemarck*, II, p. 192. K. MAURER, dans la Revue critique trimestrielle de Munich, VII, p. 62.

semblables de la civilisation : les écrivains et les notaires nés de la nation.

De l'esquisse et de la rédaction de pareils actes juridiques dans des cas particuliers, à la confection et au recueil de formulaires fixes, pour faciliter le travail, il n'y a qu'un pas; et lorsqu'on connaît l'influence profonde que ces recueils ont exercée sur le développement de la forme et du fond du droit romain (II, § 41), on ne peut douter que cette pratique notariale, si nous pouvons ainsi l'appeler, n'ait largement ouvert la porte à l'intervention des pontifes dans le domaine du droit civil. De tous côtés, en effet, celui-ci trahit la main des pontifes (III, § 47).

A cette première occupation se rattachaient naturellement les deux autres. Lorsque naissait une contestation sur le sens d'un acte, qui était mieux à même de la trancher que la personne même qui avait fait le projet de l'acte? Le *respondere* n'était autre chose, dans beaucoup de cas, que l'explication ou le complément du *scribere*. Indépendamment de cette circonstance, combien de questions et de rapports ne se présentait-il pas sur lesquels, à cause de leur relation indirecte avec le droit ecclésiastique, une décision ne pouvait être portée que par les pontifes? Il suffit de se représenter ces questions et ces rapports, devenant l'objet d'une contestation, et de se rappeler que les juges étaient dans l'origine des personnes de confiance, auxquelles les parties allaient demander avis (p. 169), pour conclure avec certitude, que dans beaucoup de cas, les parties ne pouvaient faire mieux que de choisir un pontife comme arbitre. Les nécessités des fonctions de ce dernier exigeaient, sans doute, qu'il obtînt d'abord l'autorisation de son supérieur ou du collège, car la surabondance de ces commissions pouvait entraver le service. D'un autre côté, le collège n'avait aucun intérêt à repousser de pareilles missions; elles lui procuraient un précieux moyen d'augmenter son influence et sa considération, elles devenaient en même temps des sources de revenus pour le fonds de l'église. Il n'était que juste que les dieux fussent indemnisés pour le temps que le pontife arrachait à leur service au profit

des parties contestantes. Tel était l'objet du *sacramentum*, qui devait être payé par la partie succombante : pour plus de sûreté, il devait être déposé par les deux parties, avant le commencement du procès, près du *pons sublicius* (296); la partie qui gagnait le procès reprenait le sien. Un membre du collège des pontifes était délégué tous les ans pour remplir cet office (297).

Le collège des pontifes s'était ainsi créé une charge de ce qui était d'abord affaire purement privée pour ses membres; il avait accueilli l'arbitrage dans l'organisme de ses fonctions. De là naquit naturellement la nécessité d'établir des principes et des formes de procédure, et il nous est expressément attesté que le dépôt des formules de la procédure antique reposait chez cette autorité (298); les *legis actiones* sont citées parmi les *monumenta pontificum* (299). La plus ancienne procédure romaine était l'œuvre des *pontifices*, ou plus exactement elle n'était autre chose que la procédure du tribunal arbitral ecclésiastique. C'était, en effet, un tribunal ou une cour de justice; pour n'avoir point de juridiction, elle n'en était pas moins une autorité permanente, instituée spécialement pour la décision des contestations juridiques, et il n'est pas nécessaire d'énumérer les nombreuses circonstances favorables au milieu desquelles elle se développa, pour faire comprendre qu'elle prit entièrement, en fait, la position d'un tribunal institué par l'État.

---

(296) Les Romains eux-mêmes faisaient dériver le nom des pontifes du nom de ce lieu. VARRO, de L. L., V, § 83; que ce soit à tort ou à raison, peu importe, cela n'en constate pas moins la corrélation du *sacramentum* et des *pontifices*. Sur l'application du *sacramentum* à des usages religieux, v. FESTUS, sub sacramentum.

(297) POMPONIUS, in L. 2, § 6, de O. J. (1,2), *ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis*.

(298) L. 2, § 6 cit.

(299) VAL. PROB., de notis antiq., § 1 et 4, CIC., de orat., 1, 43.

Mais de ce que c'était là une position de fait, il résultait déjà qu'elle pouvait finir, comme elle avait commencé, sans qu'il fût besoin d'un acte du pouvoir législatif. Quelque légitime que soit, dans une certaine phase de la civilisation, l'influence dominante des prêtres en dehors de la sphère ecclésiastique et religieuse, elle n'en meurt pas moins avec cette phase même; les pontifes en firent l'expérience. La *legis actio sacramento*, telle que la décrit GAIUS, ne s'introduit plus devant le tribunal ecclésiastique, c'est le Préteur qui en connaît. Ce dernier se fait donner caution pour le *sacramentum*, et celui-ci passe à l'*aerarium* (300). Si l'on se représente cette *legis actio*, ainsi que cela se fait communément, comme la forme originaire de la procédure du tribunal civil, il est tout aussi difficile de comprendre pour quel motif le *sacramentum* n'a pas été assigné dès l'origine à l'*aerarium*, que de concevoir comment après avoir, de par la constitution, assigné ce revenu aux dieux, on ait osé le leur enlever plus tard. C'eût été spolier les dieux de ce qui leur revenait. Mon opinion, au contraire, explique ce fait de la manière la plus satisfaisante. Les frais du procès appartinrent au fonds ecclésiastique aussi longtemps que ce fut un juge ecclésiastique qui rendit le jugement; dès que ce fut un juge laïque, ces frais revinrent au fonds public. Les parties qui auparavant prenaient volontiers pour arbitre un juge ecclésiastique, pouvaient, si elles le préféraient, choisir un juge laïque. La révolution qui s'opéra dans cette matière fut une question d'usages, la justice ecclésiastique n'en fut pas juridiquement amoindrie. Le fait d'avoir conservé avec les formules et les principes développés par la juridiction ecclésiastique, la procédure qui s'était formée et conservée devant elle, et celui d'avoir conservé à la *legis actio sacramento* son nom antique, bien qu'il ne répondît plus à la chose, sont entièrement conformes à l'esprit romain.

(300) GAIUS, IV, 16... *in publicum cedebat*. Il ignore qu'il en ait été autrement auparavant.

Caractère commun de tous ces principes originaires

23. Le caractère normal de toute institution qui commence, consiste dans l'unité absolue. Avant que ne puissent se mouvoir et se développer les différences dont toute institution contient le germe, il faut qu'il se soit écoulé un certain temps, qui ait développé l'élément d'unité avec le plus de force possible, bien que d'une manière partiale; autrement il courrait risque de succomber dans la lutte prématurée des contrastes. Cette observation m'est suggérée par un regard rétrospectif que je jette sur tout ce qui précède. Le caractère fondamental du système de droit que nous venons d'exposer (si tant est que nous puissions l'appeler un système, ce que nous verrons plus loin), consiste précisément dans cet entrelacement des contrastes, dans cette dépendance et cette indistinction des diverses parties qui le composent. Maintenant seulement, que nous connaissons en particulier les principes originaires du droit, il nous est possible de faire comprendre en peu de mots le sens de cette observation, en nous rapportant aux considérations précédentes.

Il est nécessaire de rappeler que nous ne parlons que de la forme originaire de ce système, et non de celle qu'il a prise à Rome; cette dernière forme nous montre déjà une foule de contrastes dont quelques-uns ont déjà été mentionnés et dont d'autres seront indiqués à leur place. Jetons d'abord les yeux sur l'État. Le principe de la gentilité nous y démontre l'identité de l'État et de la famille : l'État organisé comme une famille, la famille dotée de fonctions politiques. Nos explications sur les rapports de l'État et du principe subjectif, nous ont ensuite présenté l'identité originaire de l'État et du peuple, de la législation et du contrat, de la *vindicta publica* et *privata ;* l'organisation militaire nous a découvert l'identité de l'ordre militaire et de l'ordre politique, de l'assemblée du peuple et de l'armée,

du commandant d'armée et du roi. Enfin, la religion elle-même ne fait pas exception : les alliances politiques sont, en même temps, religieuses ; le pouvoir politique comprend aussi le pouvoir religieux ; la pérégrinité politique trouve également son application dans le domaine religieux.

Si nous examinons la sphère juridique de l'individu, l'exactitude de cette idée se manifeste de nouveau, dans l'identité originaire de la justice privée et de la vengeance, et en particulier, dans la dépendance où se trouve le droit privé vis-à-vis du droit public. La perte des droits de citoyen est la perte de tout droit privé ; la capacité juridique privée suppose la dépendance de l'État et l'accès dans celui-ci n'est rendu possible que par l'entrée dans la société si abondamment pourvue de droits privés de la *gens*. La faillite privée emporte la faillite politique ; l'exécution du débiteur insolvable lui fait perdre et la liberté et le droit de cité.

Il n'existe qu'une seule antithèse tranchée, mais elle n'est plus dans le droit lui-même ; c'est celle au moyen de laquelle il s'isole de tout le monde extérieur, c'est l'antithèse du droit considéré comme la possession exclusive de ceux qui font partie de l'État, et l'absence de droit, en principe, de tous ceux qui se trouvent en dehors de l'État. Le progrès du développement du droit affaiblit de plus en plus cette antithèse, tandis qu'il crée des antithèses dans le sein même du droit.

Les trois principes originaires du droit romain antique, que nous avons examinés, sont fondus en un tout unique dans la Rome ancienne, ils forment notre premier système. Il n'en reste pas moins possible que la formation de ces divers côtés ou éléments du droit puisse remonter au-delà du peuple romain jusqu'à des races antérieures à Rome ; l'une aurait développé davantage tel élément et l'autre tel autre, d'après leur caractère particulier. Le peuple romain, qui s'est formé de la réunion de ces diverses races, aurait recueilli ces éléments différents. On a soutenu, en effet, que la formation syncrétique du peuple romain, correspondait à celle du droit, et l'on a tenté de réduire

ce dernier à ses éléments ethniques opposés ([301]). Quelque vraisemblable et séduisante que soit, pour moi, l'idée que l'opposition de race, qui existait entre les Sabins, les Latins et les Etrusques, devait correspondre à une certaine diversité dans les idées et dans les institutions juridiques, et bien que je ne pense point devoir hésiter à faire un certain usage de cette considération, dans sa vague généralité (p. 308), la tentative de la démontrer en détail et d'indiquer les sources ethniques des idées et des institutions originaires de Rome n'offre cependant que peu de chances de succès. Les matériaux historiques que l'on a rassemblés dans ce but sont insuffisants; ils nous attestent bien le fait que les premiers parents du peuple romain différaient en bien des points les uns des autres, mais ils ne peuvent nous montrer ce qui revient à chacun d'eux en propre dans le patrimoine romain. L'examen le plus approfondi des détails de celui-ci ne nous oblige pas à leur attribuer une origine ethnique différente, et à attribuer par exemple aux trois tribus ethniques du peuple romain nos trois principes originaires du droit romain ([302]). Chez un peuple guerrier, toujours en mouvement, l'influence des intérêts militaires sur l'organisation politique est toute naturelle. Le principe des races se plie sans difficulté au but universel, et le principe subjectif avec le droit du butin et la justice privée ne saurait trouver une place plus opportune que chez un peuple pareil. Quant au principe religieux,

([301]) Göttling, *Röm. Staatsverfassung*. Introduction.

([302]) Il y a un critique (Kuntze, dans la Revue critique de Munich, II, p. 187 s.) qui m'a vivement attaqué pour l'opinion que j'émets ici. Il ne voit aucune difficulté à répartir ethniquement les antithèses *jus* et *fas* que j'ai développées, comme si cela était difficile lorsqu'on se dispense d'en fournir même l'ombre d'une preuve! Mommsen lui-même, *Röm. Geschichte*. I, chap. IV, (4e édit.). p. 44, a formellement condamné, depuis, cette recherche.

comme le sentiment religieux en lui-même ne répugne pas à l'esprit guerrier, on pourrait être tenté de voir dans les vestiges du principe religieux qui existent dans le droit romain, les restes d'un système juridique établi sous l'influence de la religion chez un peuple antérieur. Je rassemble ici ces vestiges en plaçant en regard les points correspondants du système profane:

	SYSTÈME RELIGIEUX.	SYSTÈME PROFANE.
	Fas.	*Jus, vis.*
Symbole :	*aqua et ignis*	*Hasta (quiris). Manus.*
Représentant :	*Numa*	*Romulus.*
Mariage :	*Confarreatio.* . . . . (*fax, aqua et ignis*).	*Coemtio.* (*hasta coelibaris*).
Contrat :	Serment : *sacramentum, sponsio, foedus.*	Garantie populaire, *mancipatio, nexum.*
Procédure :	*legis actio sacramento* . .	Justice privée.— *Vindicatio, manus injectio*, etc.
Droit criminel :	*homo sacer.* . . . . La peine, moyen de purification.	*Vindicta publica.* La peine, moyen de composition.

Mais ces antithèses ne sont pas une raison suffisante pour admettre une origine ethnique différente: la double forme du mariage elle-même ne suffit point ([303]). On me dispensera de le prouver.

([303]) Pourquoi, pourrait-on demander, deux formes de mariage pour un seul et même peuple? Cette multiplicité de formes de la célébration du mariage n'est pas étonnante. Le droit mosaïque en connaît deux, le mariage avec et le mariage sans vente (MICHAELIS, *Mosaïsches Recht*, t. II, § 85, 86). Le droit hindou connaît huit espèces de mariage se distinguant les uns des autres par des différences étranges (VON BOHLEN, *Das alte Indien*, t. II, p. 141 s.). Dans les pays Slaves, on trouve sous le christianisme l'ancienne forme profane à côté de la forme canonique (MACIEJOWSKI, *Slav. Rechtgeschichte*, t. II, § 194), et l'époque présente même, avec son mariage civil peut nous servir d'exemple. ROSSBACH, *Unter-*

Occupons-nous maintenant du peuple qui s'est mis à l'œuvre avec le capital d'idées et d'institutions que nous venons de passer en revue. Nous le prenons au moment où sa formation, au moyen de ces divers éléments ethniques, était déjà accomplie. C'est le peuple romain fait qui va être l'objet de notre étude, et nous nous proposons de retracer son caractère et son génie particulier en tant qu'il se rapporte au droit.

---

suchungen über die römische Ehe, p. 105, a rassemblé les tentatives faites pour réduire les diverses formes du mariage à des origines ethniques opposées, et je ne puis me dispenser de reproduire ici le tableau qu'il en dresse : il en dit plus que de longues déductions. On attribue :

I. Aux Étrusques :
  1. la *confarreatio*. — SCHRADER, WÄCHTER, etc.
  2. la *coemtio*. — HÜLLMANN.
  3. le mariage libre et l'*usus* qui s'y rattache. — GÖTTLING, REIN et BECKER.

II. Aux Latins :
  1. la *confarreatio*. — WALTER.
  2. la *coemtio*. — BLUNTSCHLI, GÖTTLING, DANZ, REIN et BECKER.

III. Aux Sabins :
  1. la *confarreatio*. — Les mêmes : BLUNTSCHLI, etc.

Le même savant a prouvé d'une manière convaincante l'unité originaire des deux formes du mariage, p. 192 s.

TITRE DEUXIÈME

RAPPORT DE L'ESPRIT ROMAIN AVEC LES PRINCIPES ORIGINAIRES INDIQUÉS

—

1. Caractère essentiel de l'esprit romain, sa prédestination pour la culture du droit

Tu regere imperio populos Romane memento.
VIRG. Aen., VI, 852.

24. On a fait la remarque que les peuples issus d'un mélange d'éléments nationaux différents, se distinguent par une énergie durable. Cette observation est éminemment vraie pour le peuple romain, et elle est vraie aussi pour le peuple anglais qui, parmi les modernes, lui ressemble plus qu'aucun autre. La raison en est-elle que la naissance de ces peuples fut extrêmement douloureuse, qu'ils n'ont pu acquérir la nationalité, ce bien qui, pour d'autres nations, n'est que le simple résultat d'une longue existence, qu'au prix d'efforts gigantesques, et après avoir dû triompher des antithèses de coutume, de droit, etc., nées de la diversité de leurs races? Le déploiement de force qui accompagne la naissance d'un peuple exerce-t-il, peut-être, une influence durable sur son caractère? Le motif est tout autre. L'opération de la fusion des nationalités, non-seulement ébranle celles-ci et les dissout dans leur essence intime, mais ne laisse subsister d'elles que les parties solides et substantielles. Le

feu qui n'entame point les métaux, consume et anéantit le bois. Toutes les particularités des diverses nationalités qui ne peuvent résister à cette épreuve du feu, périssent; ce qui s'est conservé dans la nationalité nouvelle a fait preuve d'une force de résistance invincible. C'est ainsi que le caractère d'un peuple, formé de ces éléments, gagne en énergie, en sérieux, en vigueur, en fermeté, en prudence, ce qu'il perd de simplicité, de naïveté, de bonne humeur, et de toutes les autres qualités qui supposent une certaine candeur dans les idées sur la vie, et une félicité extérieure sans nuages. Un caractère pareil est fait pour dominer le monde, non pour le charmer. Les peuples ainsi formés, doivent emprunter aux autres les productions de l'imagination; en échange, ils leur donnent leurs institutions et leurs lois, car leur esprit prosaïque et leur nature antipathique à la précipitation et à la versatilité, les vouent, de préférence à tous les autres, à la culture du droit.

L'histoire des origines du peuple romain est donc d'une haute importance pour le droit. La première scène de l'histoire du droit romain s'ouvre par la comparaison, et par conséquent par la critique des institutions et des idées juridiques que chacune des trois souches, latine, sabine et étrusque, avait apportées avec elle; elle se termine par le choix que fait le peuple romain qui venait de naître. L'histoire, il est vrai, ne nous a point permis de jeter un coup d'œil derrière le voile qui couvre le passé (p. 304), elle ne le soulève que lorsque le droit romain est tout formé. Mais ne pouvons-nous point nous figurer d'une autre manière cette époque préhistorique? Lorsque trois peuples, d'institutions, de mœurs et d'idées juridiques différentes, se réunissent pour former un seul État, et qu'il finit par ne rester qu'un seul droit dans lequel on ne peut reconnaître aucun vestige d'antithèse nationale, il faut forcément admettre que l'on a aplani les points d'opposition par le sacrifice de l'un ou de l'autre des éléments contradictoires. Cette opération d'épurement, dans laquelle on a séparé les scories, pour ne conserver que les parties éminentes, n'exigeait pas l'emploi de moyens

violents. Lorsque dans la vie la force et la faiblesse se rencontrent dans une lutte libre, le triomphe de la première est assuré par sa seule prépondérance interne.

Nous pouvons traduire cette victoire remportée dans l'intérêt de l'État sur la diversité des races, en disant qu'à Rome le principe de l'État et du droit triomphe du principe de la nationalité. Nous avons découvert ainsi à Rome, dès sa naissance, l'idée qui renferme son importance ultérieure, sa position et sa mission particulières dans l'histoire universelle. Il n'y a point de nom qui autant que celui de Rome réveille l'idée d'un conflit entre le principe de nationalité et le principe abstrait de l'État et du droit, ou (s'il est permis de considérer en même temps l'importance religieuse de la Rome moderne) l'idée du contraste entre la nationalité et les tendances transnationales universelles ([304]). La substance spirituelle que Rome renferme en elle est une espèce d'eau forte qui, dès qu'elle entre en contact avec l'organisme vivant d'une nationalité, non-seulement l'irrite douloureusement, mais le décompose et le dissout. L'histoire de Rome commence par une victoire de Rome sur sa propre nationalité, et, parvenue à son point culminant, elle nous montre l'État romain, debout sur les limites du monde antique et du monde moderne, foulant sous ses pieds, broyés et pulvérisés, les peuples de cette époque. Après la chute de cette domination politique universelle, s'élève à la même place l'empire universel de l'Église, empire spirituel, plus puissant encore que celui de l'épée, et, comme si, tant de siècles après la disparition du peuple romain, la force de centralisation et d'expansion de l'esprit romain s'était réveillée, l'empire universel du droit romain. Malheur, pourrait-on dire au point de vue de la nationalité, malheur au principe de nationalité quand Rome l'effleure!

([304]) J'emprunte ce passage à la première édition, dans l'intérêt de la cohésion des idées, bien que ces considérations se trouvent déjà développées au § 1 de la présente édition.

Mais lorsqu'on songe que l'histoire ne veut pas la séparation et l'isolement, qu'elle fonde au contraire la communauté et l'unité, que l'universalité ne détruit pas l'individualité des hommes et des peuples, mais l'ennoblit et l'élève, alors on ne verra plus dans Rome l'ange exterminateur des nationalités, l'esprit de la négation, mais le représentant et le champion de l'idée d'universalité opposé à l'empire étroit et partial du principe des nationalités. Rome n'a pu, il est vrai, accomplir sa mission sans frapper douloureusement les nationalités étrangères. De même que le tranchant de l'épée a causé des blessures sanglantes aux peuples du monde antique, de même l'acuité des principes qui caractérise le droit romain, a blessé la vie juridique nationale du monde moderne. Mais les blessures et la douleur sont le prix de la guérison.

A ce point de vue, saluons le peuple romain, à son entrée dans le monde: « comme un de ces peuples centraux dans les- » quels se réunissent, comme dans un foyer lumineux, les » rayons dispersés de l'humanité » selon la belle expression de HUSCHKE ([305]). L'histoire de sa formation nous a déjà fourni l'occasion de parler de sa mission et de ses caractères particuliers; dans le cours ultérieur de notre étude, le peuple romain devra disparaître devant son œuvre: le droit. Il me paraît que c'est le moment opportun de dévoiler le caractère du peuple romain et sa prédestination spéciale pour la culture du droit.

Pour prouver cette prédestination, il faut approfondir les qualités du peuple romain, c'est-à-dire son caractère et son génie intellectuel; non point que cette prédestination en résulte d'elle-même, car on ne peut lui assigner d'autre cause, si ce n'est que l'histoire a imposé aux Romains la mission de cultiver le droit. Ce n'est point parce qu'ils avaient telles et telles qualités que les Romains étaient prédestinés pour la culture du

([305]) Constitution de SERVIUS TULLIUS, *Préface*, p. 17.

droit, c'est au contraire, parce que d'après l'économie de l'histoire, cette mission leur était dévolue, qu'ils eurent la capacité subjective de l'accomplir. Mais il importe de scruter cette capacité dans les détails, et de démontrer comment la vocation historique des Romains pénètre leur nature intime entière, comment elle engendre des qualités, des forces, des institutions qui toutes concourent au but de cette mission.

Il faut cependant que nous disions, auparavant, quelques mots de la prétendue origine hellénique des Romains et de l'affinité que l'on veut découvrir entre eux et le peuple grec. En fait, il y a un tel abîme entre les aspirations et le génie de ces deux peuples, que l'on a peine à découvrir cette prétendue ressemblance. Les Romains de la dernière époque caressaient cette croyance qu'ils descendaient des Grecs, et ils expliquaient dans ce sens, les ressemblances de langage, de droit, de religion, qui étaient en partie et principalement les restes de la communauté primitive de tous les peuples indo-germaniques, et en partie le résultat du contact postérieur des deux races. Il y eut un temps dans la philologie moderne où cette erreur était à l'ordre du jour. Elle était excusable, eu égard à la parenté de la langue latine et de la langue grecque, qui paraissait inexplicable lorsqu'on n'admettait point que la première fût fille de la seconde ([306]). L'étude du sanscrit a démontré que cette opinion est erronée; elle a prouvé que la langue latine est plutôt une sœur de la langue grecque, et qu'elle

([306]) Cette opinion a exercé une influence très fâcheuse sur la détermination étymologique des expressions juridiques romaines, et par suite aussi sur la conception des institutions mêmes auxquelles s'appliquent ces expressions. V. notamment Hüllmann, *Grundverfassung* et Ballhorn-Rosen, *Ueber Dominium*. (V. aussi l'ouvrage du même auteur : *Zur Vorgeschichte des römischen Rechts*, I, 1853, qui frise la plaisanterie de bien près. V. le compte rendu dans le nouvel annuaire de Klotz, t. 70, p. 464 s).

conserve dans plus d'un mot, mieux que sa sœur, plus pur et plus fidèle le souvenir de la langue mère (307). La relation qui existe entre les deux langues fait découvrir celle des peuples eux-mêmes; ce sont des peuples frères qui ont vécu autrefois sous le même toit avec les autres peuples indo-germaniques, et qui, à l'heure de la séparation, ont emporté chacun de leur côté un bagage commun de langue, de coutumes, de religion, etc. (308). Mais depuis cette séparation, combien fut différent le développement de leur caractère, et que de divergences s'établirent dans le droit, la religion, la langue, etc., des divers peuples! Pour ce qui concerne le droit, spécialement, on n'a pas encore essayé jusqu'ici de rassembler les traces de la communauté originaire du droit de tous les peuples indo-germaniques; mais il est certain dès à présent que le langage serait d'un mince secours dans cette entreprise. Chaque langue indo-germanique possède des mots différents pour exprimer l'idée du droit et de la majeure partie de ses institutions: chacune les considère sous un aspect différent. Quant aux institutions juridiques communes, à l'origine, à la famille des peuples indo-germaniques, leur désignation linguistique, c'est-à-dire l'aurore de la connaissance de leur caractère intrinsèque, ne se lève qu'après la séparation. Il en est ainsi en particulier du rapport entre le droit grec et le droit romain. Quelque considérable que soit le nombre des mots des langues grecque et romaine ayant le même son et la même signification, la terminologie juridique des deux

(307) Pott s'exprime à ce sujet dans beaucoup de passages de son ouvrage déjà fréquemment cité. V. par exemple, t. I, § XXVIII, p. 75, t. II, p. 433 et s.

(308) On avait déjà atteint alors un certain degré de civilisation. On connaissait l'existence de Dieu, (la plus grande partie des langues a conservé le mot *dewa* Dieu. Pott, t. I, p. LVI)), la période nomade étant passée, on connaissait les maisons, les villages, la charrue, les moulins, etc. Comparez Kuhn, *Zur älteste Geschichte der indogermanischer Völker*, p. 12, 16, 17.

langues n'en est pas moins complètement différente; chacun des deux peuples a conçu et a modelé lui-même les principes de son droit propre ([309]). Quant aux institutions, aux lois, aux usages qui étaient communs aux Grecs et aux Romains, il n'y a point de matière où l'indépendance des Romains vis-à-vis des Grecs, et la nature particulière de leur caractère, soient plus faciles et plus certaines à reconnaître que dans le droit.

L'essence de l'esprit romain ([310])

Nous avons, plus haut, placé l'importance de Rome dans la réalisation de l'universalité politique et juridique abstraite, en opposition avec la particularité du principe national. Celui qui ne sait rien du caractère populaire de Rome pourrait croire

([309]) Tel est aussi l'avis de MOMMSEN. *Hist. rom.*, I, p. 84, (4e éd. all.) : « Le développement du droit public romain est bien l'œuvre de Rome ou du moins du Latium; les emprunts y sont rares et insignifiants; ce qui le démontre c'est que toutes les idées y sont exprimées par des mots qui portent l'empreinte latine. »

([310]) Que les philosophes de profession me pardonnent, si je touche dans ce qui suit à un sujet qui appartient à la philosophie de l'histoire, sujet qui dépasse mes forces, mais je n'ai pu faire autrement. — J'ai à peine besoin de dire qu'il ne suffit pas d'énumérer toutes les propriétés du caractère romain : une pareille énumération, l'inventaire intellectuel et matériel du peuple romain, qui pour être exact ne peut même se dispenser de mentionner les animaux domestiques, « ces compagnons du travail humain » (HUGO), ne vaut pas mieux, à mes yeux, qu'un signalement de mandat d'arrêt. On y reconnaît que la nature humaine ne s'est pas démentie, même chez ce peuple, et qu'il possède certaines qualités dans tel degré, certaines autres dans tel autre degré, mais nous n'y apercevons pas l'individualité spécifique du peuple, parce que celle-ci ne peut s'exprimer par une addition de ses qualités. C'est ce caractère spécifique que j'ai en vue dans ce qui suit, car c'est lui qui sert à déterminer la valeur de toutes ces qualités; mais je n'ai pas jugé nécessaire de descendre dans les détails,

que son essence consiste dans l'universalité cosmopolite. Mais pour peu que l'on connaisse les Romains, on sait qu'il n'y a point de peuple qui ait possédé une nationalité aussi indestructible et qui s'y soit aussi étroitement attaché. Cette nationalité n'avait pas besoin de s'isoler pour se conserver, ni de repousser les éléments étrangers. Au contraire, elle provoquait tous les peuples à se mesurer avec elle, elle accueillait en foule les éléments étrangers; mais l'esprit romain les dissolvait promptement et se les assimilait, sans qu'ils exerçassent aucune influence fâcheuse sur lui. A l'époque florissante de Rome, la seule dont nous nous occupions ici, la nationalité romaine est semblable au rocher dans la mer; les peuples du monde antique viennent se briser contre lui comme des flots impuissants.

Cette énergie déployée à Rome par le principe de la nationalité, comment se concilie-t-elle avec la mission antinationale universelle du peuple romain ? L'universalité du caractère romain procède d'une propriété qui est à la fois expansive et universelle, d'un côté, contractive et exclusive, de l'autre : l'égoïsme. L'égoïsme, qui se fait le centre du monde, qui rapporte tout à lui-même, ne court pas le risque de s'oublier, de renoncer à sa position particulière exclusive; son universalité ne consiste qu'à vouloir tout. Cette force expansive des appétits, bien qu'elle soit toujours liée à la plus grande étroitesse d'esprit, est cependant objectivement, pour l'histoire, un puissant moyen de réaliser l'idée d'universalité. Rome nous en fournit la preuve la plus éclatante.

L'égoïsme est la cause de l'universalité romaine; il est ce caractère fondamental de l'esprit romain dont nous avons à nous occuper ici. Il y a un égoïsme étroit moralement et intellectuellement, à vues courtes, sans énergie dans l'exécution, trouvant sa satisfaction dans des avantages mesquins et momentanés. Mais il y a aussi un égoïsme grandiose, magnifique dans le but qu'il s'est proposé, admirable par la logique et l'ampleur de ses conceptions, imposant par l'énergie de fer, par la constance et l'abandon avec lequel il poursuit son but

éloigné. Cette seconde espèce d'égoïsme nous offre le spectacle de la plus grande tension possible des forces morales et intellectuelles, elle est la source de grandes actions et de grandes vertus. Nul autre caractère que le caractère romain n'est plus propre à nous en faire connaître la nature. Il n'y a aucun intérêt pour nous à suivre l'égoïsme romain dans ses mesquineries, dans sa cupidité, son avarice, sa dureté et son insensibilité, etc., il s'y étale dans toute sa nudité. Mais à mesure que les relations de l'individu s'élargissent, à mesure que grandit le but auquel il se consacre, les effets de l'égoïsme deviennent plus méconnaissables, ses formes revêtent un caractère plus noble, et parvenu enfin au point culminant de la grandeur romaine, à l'abnégation devant l'État romain, l'égoïsme individuel se vainc lui-même pour se sacrifier au bien de l'État.

Il semble paradoxal, en apparence, d'énoncer que les propriétés du caractère romain, la valeur, l'amour de la patrie, la religiosité, le respect de la loi, etc., vertus qui semblent n'avoir rien de commun avec l'égoïsme ou qui en supposent même l'absence, ont cependant lours racines dans l'égoïsme. Pour s'en convaincre, il suffit de voir les choses dans leur vérité, de ne pas considérer les individus romains, mais l'action de l'esprit du peuple romain.

Lorsqu'un peuple est complètement imbu d'une idée, que tout son être et toute son existence se résument dans cette idée, son caractère se modèle naturellement sur elle. Les vertus, les forces qui y répondent le mieux sont celles qui se développent. Or, l'égoïsme que nous venons de caractériser exige pour son appareil moral une grande énergie de caractère, de la valeur, un ferme empire sur soi-même, la constance, l'abnégation devant le but commun, toutes les qualités en un mot que nous trouvons chez les Romains. Objectivement donc, ces qualités rendent service à l'égoïsme national, bien que, considérées subjectivement, leur développement et leur exercice renferment une abnégation individuelle. A son insu et sans le vouloir, peu importe qu'il ait ou non conscience de cette disposition, l'individu est

déterminé par l'esprit national. Que ses actes isolés émanent, à son point de vue, du sentiment du devoir ou d'une impulsion inconsciente de sa nature intime, c'est à l'action de l'esprit national qu'il faut attribuer qu'il ait senti cette impulsion ou qu'il ait compris ce devoir. L'esprit national modèle le caractère du peuple, ses institutions morales, sa vie entière, de la manière la plus favorable à son but.

La réflexion, le calcul conscient ont sans doute leur part dans ce développement objectif de l'égoïsme national. C'était un besoin pour les Romains de mettre eux-mêmes la main à l'œuvre, il leur répugnait d'abandonner les choses à leur croissance naturelle. J'ai fait remarquer, (p. 97), combien cette impulsion se manifeste, même dans la légende romaine; nul homme, qui étudie le monde romain, en y ayant égard, ne pourra contester la grande part qu'ont pris à sa formation la réflexion et l'intention; partout se manifeste le désir de concevoir et de dominer intellectuellement ce qui existe, comme aussi l'intervention secourable et organisatrice de la main des hommes. « La forme de toutes les institutions, dit un des meil-
» leurs connaisseurs de l'antiquité romaine([311]), prouve qu'aucune
» partie de la vie de l'État ne fut abandonnée à son mouvement
» spontané, qu'aucune ne repose sur un ensemble de traditions
» séparées; partout se trahit l'effort de révéler un principe
» suprême, et de l'appliquer avec la logique la plus rigoureuse
» dans toutes les règles, dans toutes les formes et dans tous les
» symboles. » Mais l'incomparable instinct national des Romains jouait toujours le rôle principal. Qu'est-ce que cet instinct? Est-ce une disposition naturelle, dont on ne peut trouver la cause? une qualité primordiale de l'esprit romain? Je n'y vois que la conséquence de cette tendance pratique, de cette habitude des Romains, devenue pour eux une seconde nature, d'appliquer toute leur force morale et intellectuelle au service de

([311]) Rubino, *l. c.*, p. 205.

leur égoïsme. Les Romains, j'ose le dire, ne pouvaient rien faire d'inopportun; le sachant ou ne le sachant pas, ils envisagent tout au point de vue de l'opportunité; et de même que les Grecs, sans le vouloir et sans le savoir, trouvent le beau, parce que leur nature entière est pénétrée de l'idée du beau, de même les Romains trouvent mécaniquement l'opportun.

Les Romains voient tout au travers du prisme de l'opportunité; leur Olympe en est la preuve la plus frappante (312). Rome ne pouvait reconnaître et honorer que ce qui avait un but; des dieux qui auraient vécu sans mission déterminée, pour eux-mêmes, n'auraient été à ses yeux que des paresseux. Aussi chaque dieu romain avait-il son cercle d'action pratique, son poste pour ainsi dire, duquel et pour lequel il existait. La théologie romaine pousse jusqu'au ridicule le principe de la division du travail; l'imagination romaine était inépuisable pour trouver de nouvelles affaires, de nouvelles occupations, de nouveaux services auxquels elle pût commettre un dieu particulier. Il n'y avait point d'intérêt, si nul et si insignifiant qu'il fût, point d'instant de la vie humaine, depuis la naissance jusqu'à la mort, point d'opération agricole depuis les semailles jusqu'à la moisson, que le sentiment prosaïque des Romains ne mît sous la protection de quelque dieu (313). Mais comme les Romains eux-mêmes, ces dieux se confondent entièrement avec leur but; ils ne sont que ces buts personnifiés.

La religiosité même des Romains, tant vantée par eux-mêmes et par les autres, était au fond déterminée par l'opportunité ou par l'égoïsme. Les Romains honoraient les dieux non parce que c'étaient des dieux, mais parce qu'ils obtenaient ainsi leur

(312) Je renvoie pour plus de détails à Hegel, dans sa *Philosophie de la Religion*, 2e partie, 2e sect. Il caractérise très justement la religion des Romains, comme la religion de l'opportunité.

(313) V. Surtout la dissertation de Ambrosch, *Ueber die Religionsbücher der Römer*. Bonn, 1843, p. 11 et s.

protection. La religiosité romaine était mesurée au besoin d'assistance, à la nécessité dans laquelle ils se trouvaient. Ils entretenaient naturellement de bons rapports avec les dieux, même pendant la prospérité, et ils ne les laissaient manquer de rien de ce qui leur revenait; ils leur comptaient sans marchander, pour continuer la comparaison faite plus haut, leur traitement, le prix pour lequel ils accordaient leur faveur à Rome. Mais si quelqu'un, État ou particulier, avait besoin de secours extraordinaires, il devait payer en conséquence, car les dieux ne faisaient rien pour rien.

Le *votum* était la forme habituelle pour se concilier les dieux; habituelle parce qu'elle était la plus sûre : on n'avait à remplir ses promesses qu'après que les dieux avaient d'abord rendu le service désiré. Le *votum* appliquait aux dieux les principes du droit des obligations, et il en conservait la terminologie.

Cette appréciation sur l'égoïsme comme mobile de la religiosité romaine est de nature à être contestée, et ce n'est pas le moment d'en entreprendre la démonstration en règle. C'est un motif de plus pour insister sur l'observation déjà faite en ce qui concerne l'action instinctive de l'esprit romain. Je ne veux pas soutenir que le calcul et l'intention préméditée se soient fait à Rome un jeu des choses les plus saintes (214), mais je ne saurais davantage me persuader que le sentiment romain ne se serait démenti que dans la religion seule. Nous aurons plus loin (§ 25) l'occasion de montrer comment les institutions reli-

(214) C'est ce que l'on a, naturellement, soutenu conformément au point de vue rationaliste qui ne veut voir dans la religion qu'une œuvre d'imposture et de calcul. V. par exemple, BUCHHOLTZ, *Phil. Untersuchungen über die Römer*. 3 vol., Berl. 1819, ouvrage dans lequel il n'y a de philosophique que le titre, t. I, p. 144 et s. Les solennités religieuses y sont considérées, p. 147, comme « les moyens par lesquels le gouvernement romain détournait de lui-même l'attention des masses pour la fixer ailleurs. »

gieuses se pliaient au but de l'État romain. S'il serait erroné, d'une part, de se baser sur cette circonstance, pour attribuer aux Romains l'opinion que les institutions religieuses et les dieux eux-mêmes n'étaient que des instruments entre les mains de l'État romain, il n'en est pas moins certain, d'autre part, qu'objectivement, ces institutions rendaient à l'État les services les plus signalés. Le motif n'en doit pas être cherché ailleurs que dans cette propriété de l'esprit romain de savoir donner un côté pratique à tout ce qui surgissait dans le monde romain, si étrangère même qu'en pût être l'origine à toute idée d'utilité (315).

Si cette action instinctive de l'esprit romain se manifestait en matière religieuse, quelle puissance ne devait-elle pas avoir sur tout ce qui touchait au monde profane.

Le monde romain, pour le désigner tout entier en un seul mot, est le triomphe de l'idée d'opportunité; il n'existe, lui et toutes les forces intellectuelles et morales qui le composent, il n'est établi et modelé qu'en vue de ce but. Le mobile universel est l'égoïsme. Cette création toute entière, le monde romain, avec toutes ses institutions et toutes les vertus qui s'y manifestent, n'est que l'égoïsme national objectif ou organisé.

Cette expression est, peut-être, la plus concise que l'on puisse employer pour désigner la forme et la manière de se produire de cet égoïsme. Les institutions, les vertus romaines, etc., se coordonnent en un organisme que l'idée de l'égoïsme fait mouvoir. Mais ce mobile ne se révèle que dans la structure et dans l'action de l'ensemble, et non dans les parties isolées: ces dernières ne sont pas déterminées en particulier, par ce motif,

(315) Le peuple anglais donne lieu à la même observation. Combien n'y a-t-il point de faits, nés de raisons morales, par exemple l'agitation pour l'émancipation des esclaves, les missions, etc., dont l'esprit pratique de la nation s'est emparé sur le champ pour les faire servir avec le plus grand succès à des buts politiques.

mais par les besoins de tout l'organisme, et c'est précisément parce qu'elles ne sont pas immédiatement soumises à l'influence de l'égoïsme, qu'elles en sont les instruments les plus efficaces. L'efficacité de l'égoïsme romain consiste à ne jamais perdre de vue la connexion de l'ensemble, et à ne jamais la sacrifier à une satisfaction momentanée.

Expliquons-nous au moyen d'exemples. L'égoïsme mesquin, à vues courtes, ne vise qu'à l'utilité particulière; il la poursuit au besoin au prix du droit, de l'honneur, de la patrie, en un mot, d'une manière, qui généralisée, serait la plus inopportune du monde. LeRomain, au contraire, sait que son bien-être individuel a pour condition le bien-être de l'État; aussi son égoïsme embrasse-t-il l'État. Il sait que la poursuite et l'application rigoureuses des lois sont dans l'intérêt général, et par conséquent, dans le sien propre. Il sait que les avantages achetés au prix du déshonneur, de la lâcheté, etc., ne sont que purement apparents, et que l'égoïsme ne peut donner des résultats durables que s'il est allié à l'honneur, à la valeur, à la légalité, etc., mais savoir cela, c'est en même temps devoir et vouloir. Le sentiment national du devoir dicte sa conduite au Romain, et le peuple montre son énergie en restant inviolablement fidèle à ce code des devoirs de l'égoïsme national. Le Romain ne poursuit pas un avantage objectif aux dépens de l'État, ni un avantage momentané au préjudice du but final, ni des biens matériels au prix des biens immatériels, il subordonne ce qui a une importance relative moindre à ce qui a une importance relative plus grande, le particulier au général ([316]). Tout cela cependant, il le fait, en définitive dans l'intérêt d'un

([316]) BENTHAM a conçu l'idée de la vertu dans ce sens purement utilitaire, « la vertu, dit-il, est le sacrifice d'un intérêt plus faible, momentané ou incertain, devant un intérêt plus puissant, durable ou certain. » Principes de la législation, édit. de DUMONT. Cette définition eût fait honneur à un Romain de l'antiquité.

égoïsme à vues larges. Si l'on examine une vertu isolée, la valeur, par exemple, l'amour de la patrie, le respect de la loi, etc., on ne peut voir ce qu'elle a de commun avec l'égoïsme, elle paraît même en être la négation absolue. C'est comme si l'on voulait choisir dans la vie d'un individu certaines victoires remportées sur lui-même, qui en réalité, bien loin d'attester la renonciation à l'égoïsme, n'en sont au contraire que les manifestations, certains sacrifices des inspirations les moins importantes relativement de l'égoïsme, sacrifices qui sont d'autant plus indispensables, que le but que l'on s'est proposé est plus éloigné et plus grandiose. L'égoïsme romain se borne à tracer le plan des opérations, à assigner à chaque force sa véritable place et à lui imposer comme devoir de s'y maintenir. Ces forces s'imprègnent ainsi de la grandeur du but et de la conscience que leur action est indispensable pour l'atteindre. Cela leur suffit, leur égoïsme est satisfait, et désormais plus de réflexions, plus de questions ni de doutes, elles agissent, et elles agissent avec une abnégation complète, une constance indomptable et une irrésistible énergie.

Le caractère romain avec ses vertus et ses défauts est donc le système de l'égoïsme discipliné. Le principe fondamental de ce système commande que les buts secondaires soient sacrifiés au but final, l'individu à l'État, le cas particulier à la règle abstraite, le moment à la durée du temps. Cet adage, qui objectivement et en fait n'est que le corrollaire de l'idée d'opportunité, l'opinion nationale l'a érigé en nécessité ethnique, en devoir moral. La puissance de la force morale du peuple romain se manifeste surtout dans le bon vouloir avec lequel chacun se conforme à cette espèce de code conventionnel des devoirs, et se soumet sans restriction à cette nécessité dictée par l'idée seule de l'utilité. Se vaincre soi-même est plus difficile que vaincre autrui. Un peuple qui unit au plus grand amour de la liberté, la vertu de savoir se vaincre lui-même, et qui s'en est fait une seconde nature, est désigné pour dominer tous les autres. Mais la grandeur romaine fut chèrement payée. L'in-

satiable génie de l'égoïsme romain sacrifie tout à son but, le bonheur et le sang des citoyens romains aussi bien que la nationalité des peuples étrangers; le sentiment et l'imagination reculent d'effroi devant son souffle glacial, les grâces fuient sa présence; pour lui le but seul a du prix, les moyens de l'atteindre ont seuls de la valeur. Le monde qui lui appartient est un empire glacé, privé des biens les plus beaux, un monde de maximes et de règles abstraites. C'est une mécanique gigantesque, admirable par sa solidité, son mouvement uniforme et la sûreté de son action, par la force qu'elle déploie, broyant tous les obstacles; mais ce n'est qu'une machine; son maître était en même temps son esclave.

Les considérations précédentes nous ramènent au véritable objet de ce livre, au droit, et nous allons nous occuper de la prédestination du peuple romain pour la culture du droit. Le droit est le point culminant du monde romain. Celui qui veut connaître ce monde et l'esprit romain doit s'élever jusque là. Il nous montre en pleine lumière non-seulement les sentiments et les idées des Romains, mais leur nature morale et intellectuelle toute entière. Celui qui sait déchiffrer le droit, y apprend plus sur le compte des Romains, que ne pourraient lui révéler les enseignements de tous leurs historiens.

Ce que nous avons dit ci-dessus au sujet de l'essence de l'esprit romain explique la cause et la nature de sa vocation spéciale pour la culture du droit. Le droit est la religion de l'égoïsme (317); en droit, l'idée de l'opportunité objective peut et doit se manifester, sinon d'une manière absolue, du moins à un degré très élevé; c'est précisément en ce sens que l'esprit romain a compris et développé le droit. Depuis les temps les

(317) Cette expression a été mal comprise par Röder, *Grundzüge des Naturrechts*, t. I, p. 61, 2e éd. allem. Je ne veux pas rendre par là, ainsi qu'il le croit, l'essence du droit en lui-même, mais la manière dont l'égoïsme le conçoit.

plus antiques, les Romains ont su transporter le droit du domaine du sentiment dans celui de l'intelligence raisonnée : ils ont réussi à en faire un mécanisme extérieur indépendant de l'influence de l'idée morale subjective du moment; mécanisme que tout le monde, romain ou étranger, sut mettre en mouvement du moment qu'il eut appris à en connaître la structure. Cette séparation entre le droit et le sentiment moral subjectif, cette manière de rendre le droit extérieur et objectif, est pour l'histoire du droit ce que fut pour l'histoire de la civilisation l'invention de l'alphabet : elle a permis à l'homme d'écrire et de lire le droit. Cette séparation est le triomphe de l'idée d'opportunité sur le sentiment moral subjectif; ce ne fut qu'après ce triomphe que cette idée put déployer sans obstacle son action sur le droit.

L'idée d'opportunité n'a point pour objet les cas particuliers, elle vise la règle abstraite. Le cas particulier est subordonné et sacrifié à la règle générale. C'est une application de cette maxime, — qu'il faut sacrifier ce qui est relativement bas à ce qui est plus élevé, que nous avons indiquée (p. 320) comme le trait caractéristique de la théorie romaine de l'opportunité. Cette subordination est un postulat de l'opportunité; elle seule, en lui indiquant d'avance la décision uniforme des contestations juridiques, donne au commerce de la vie la sécurité qui lui est nécessaire.

Mais en fait, la réalisation pratique de cette subordination n'est pas aussi aisée qu'elle le paraît tout d'abord : il arrive trop souvent que le sentiment juridique subjectif y met obstacle. Il faut une grande fermeté de caractère, ou un jugement juridique rendu bien sûr par l'usage, pour résister à l'influence de cette contradiction et appliquer la règle abstraite dans l'intérêt de la règle seule. Cette subordination régulière du cas particulier à la règle abstraite, cette espèce de tyrannie de la discipline juridique, furent de bonne heure aussi naturelles et aussi intelligibles pour les Romains, que le maintien inexorable d'une discipline de fer à la guerre. Nous verrons que le droit romain

dut sa grandeur à celle-là aussi bien que l'État romain dut la sienne à celle-ci.

Ce n'est pas le sentiment moral, ni la justice qui réclament cette discipline morale, je ne saurais assez le répéter, c'est uniquement l'opportunité. La véritable justice demande plus que cette égalité mécanique, résultat de la tyrannie d'une règle morte; l'égalité vraie, intrinsèque, qui répond à la justice, ne s'obtient point par ce moyen. Le sentiment moral, indépendant, ne peut souffrir que l'on résolve une question de droit comme un problème d'arithmétique, et que le droit soit ravalé jusqu'à n'être plus qu'une mécanique. Je devrais empiéter sur le caractère du second système, pour montrer combien la tendance pratique de l'esprit romain, dont il vient d'être question, a influé avantageusement sur le perfectionnement technique du droit. Le droit occupait dans le système de l'égoïsme discipliné la place la plus élevée : il était donc dans la nature des choses que toute l'attention des Romains fût dirigée vers le droit.

On connaît suffisamment l'inclination qu'eurent de tous temps les Romains pour le droit, bien différents en cela du peuple grec, et la place éminente qu'il occupait dans leur vie. Le droit et l'État étaient pour les Romains ce que furent la religion pour le peuple hébreu, l'art pour le peuple grec : un objet d'orgueil national vis-à-vis de tous les peuples étrangers, la supériorité dont ils étaient le plus certains, l'aimant de l'ambition et de la force. De même que le peuple de Dieu plaçait au plus haut rang ses prophètes, la Grèce ses philosophes, ses artistes et ses poètes, Rome aussi rendait les plus grands honneurs aux citoyens qui avaient bien mérité de l'État ou qui avaient accru la splendeur du droit par leurs actions, comme Brutus ou Régulus, ou qui l'avaient fait progresser par la pénétration de leur esprit. Le cas que fait un peuple de ceux qui cultivent une profession, un art, une science, etc., est l'indice le plus certain de l'estime qu'il a pour cette profession, cet art, cette science. Rome chassait les artistes : les prêtres, comme tels n'étaient pas l'objet d'honneurs particuliers, du moins à

l'époque postérieure ([318]); on n'avait pas pour eux un véritable amour : mais chez aucun peuple les jurisconsultes n'ont joui d'une popularité, d'une influence et d'une estime plus grandes qu'à Rome. L'attraction qu'exerçait le droit sur les Romains ne provenait pas de la satisfaction qu'il procurait à l'intelligence et au sens juridique. Le droit était pour eux plus qu'une simple source de jouissances et de satisfactions intellectuelles, il était pour eux un objet d'ennoblissement moral. Ils pouvaient se dire à juste titre, qu'aucun peuple ne possédait des lois aussi sages, des institutions aussi éprouvées, et n'avait fait autant de progrès qu'eux dans la connaissance du droit. Mais ils prisaient plus haut encore la gloire que nulle part le droit n'était l'objet d'une estime plus profonde et d'un plus rigoureux respect, que nulle part il ne rencontrait une certitude plus absolue d'une inviolable réalisation qu'à Rome ([319]). Ce respect du droit, la soumission spontanée du Romain aux dispositions du droit, l'amour du peuple pour la justice, son aversion pour les violations du droit, le sentiment de sécurité que le droit inspirait à Rome, la confiance en son triomphe, en un mot, le sentiment sain, énergique et viril de la légalité, voilà ce qui exaltait l'orgueil du Romain.

L'opinion publique vantait les preuves signalées de ce sentiment autant qu'elle en stigmatisait les transgressions graves. Une violation du droit amena la chute de la royauté et du décemvirat : le commencement de l'époque nouvelle, l'introduction de la république fut marquée par le triomphe de la légalité sur l'amour paternel, par l'exécution du fils de Brutus, de la

([318]) V. le paragraphe suivant.

([319]) V. les expressions de CICERON de orat.I, 44; de off. II, 20, i. f. : *fundamentum... justitia, sine qua nihil potest esse laudabile;* de nat. deor., 1, 2, *una excellentissima virtus justitia.* VAL. MAX., VI, 6 *justitiae praecipuum et certissimum exemplum inter omnes gentes nostra civitas.*

main même de son père. Ce fut le pendant de la condamnation exécutée par Romulus sur son frère (p. 288), lors de la fondation de Rome. Chaque moment important de l'histoire antique est ennobli par un triomphe de l'idée du droit.

Cette puissance morale du droit sur les esprits ne se démentait point dans les relations avec les peuples étrangers. Quelle que fût l'astuce avec laquelle l'État romain savait retourner contre eux la lettre du droit et couvrir sa politique du manteau du droit, il se reconnaissait toujours lié par ses principes et n'essayait pas de les mépriser ouvertement. Les mêmes règles du droit international que Rome faisait valoir contre d'autres peuples, elle se les appliquait dans toute leur sévérité à elle-même. Un peuple pareil devait donc sentir le besoin, et il devait lui être réservé, le premier, d'organiser juridiquement les relations privées avec l'étranger *(jus gentium)*.

Après avoir ainsi démontré la nécessité de cette tendance dominante de l'esprit romain vers le droit, il faut que nous recherchions quels étaient les moyens mis à sa disposition pour remplir sa mission juridique. Il faut que nous examinions à quelles circonstances, à quelles qualités du peuple romain doit être attribuée la perfection avec laquelle nous voyons que cette mission a été remplie. On répond habituellement à cette question en citant les dispositions intellectuelles des Romains, leur esprit pénétrant et analytique, leur tact pratique, etc. L'influence de ces qualités est évidente, mais l'on oublie trop souvent ce qui est cependant infiniment plus essentiel, à mon avis, pour le droit ancien : la force morale, l'énergie de la volonté du peuple romain.

Le droit n'est pas conviction, opinion, savoir, etc., en un mot, ce n'est pas une puissance intellectuelle, mais une puissance morale : c'est la volonté. La volonté seule peut donner au droit ce qui constitue son essence : la réalité ; la volonté seule possède une puissance réalisante et créatrice. Quelque éminentes que soient les qualités intellectuelles d'un peuple, si la force morale, l'énergie et la persévérance de la volonté lui font défaut, le

droit ne pourra jamais prospérer chez lui. Ses lois ne seront que les bonnes intentions d'un homme sans caractère, les inspirations du moment que la réalité vient démentir, et que le moment suivant fait évanouir. Les règles du droit et les institutions juridiques n'ont de la stabilité que lorsqu'à l'instar des résolutions d'un homme de caractère, elles sont basées sur la force de la volonté, et à son tour cette stabilité est la condition de leur perfection technique. Comment l'œil de l'intelligence peut-il scruter un droit qui se trouve dans un état perpétuel de vacillation et de fluctuation? Tel est le cas lorsque la volonté nationale ne possède pas la force de le maintenir ferme et stable. Combien alors est dépourvue de charme, est ingrate, la mission du juriste réduit à extraire une théorie d'une réalité incertaine et branlante! Les forces intellectuelles les plus vives de la nation se retirent découragées de cette occupation. Les spéculations philosophiques sur le droit peuvent les attirer, l'élaboration pratique et théorique du droit positif ne saurait avoir aucun attrait pour elles. Aussi la jurisprudence ne peut-elle progresser vraiment que chez un peuple à volonté énergique : sans amour, sans dévouement pour sa mission, elle n'est qu'une triste chose. Mais cet amour n'est pas possible lorsque le droit manque de solidité intrinsèque; or, si celle-ci fait défaut au peuple lui-même, comment le droit l'acquerrait-il? Aucun droit n'est plus apte, que le droit romain antique, à nous donner une idée claire de cette importance de l'élément de la volonté et de cette action réciproque de la force morale et de la force intellectuelle. Le second système nous montrera ce que ces deux forces ont fait du droit romain antique et comment elles se sont manifestées dans ses diverses institutions en particulier. Pour le moment il s'agit de montrer l'importance de l'élément de la volonté pour la prospérité du droit antique en général, et de prouver en même temps la dépendance de la perfection technique du droit, des qualités morales du peuple.

Deux qualités du peuple romain brillent constamment dans l'histoire de son droit; elles sont l'une et l'autre les résultats

et les marques d'une volonté ferme et énergique : ce sont la logique rigoureuse et l'esprit conservateur. Vouloir réellement une chose, c'est la vouloir en entier et constamment. La conséquence et la persévérance sont, dans les choses de la vie pratique, les signes distinctifs et les compagnes inséparables d'une véritable volonté.

L'intelligence tire des conséquences, mais c'est la volonté qui les réalise. Si le droit romain surpasse tout autre droit quelconque par la rigueur de sa logique, le mérite n'en revient pas tant à l'intelligence qui a reconnu cette logique, qu'à la volonté qui l'a réalisée en s'y soumettant dans la pratique. La soumission spontanée du peuple romain à la force de la logique, est bien plus digne d'admiration que la puissance intellectuelle qui l'a précédée. D'autres peuples ont souffert pour leurs convictions religieuses, le peuple romain a souffert pour ses convictions juridiques. Si la science juridique romaine a trouvé tout fait un droit simple et logique, elle le doit moralement au peuple romain antique qui, malgré son esprit de liberté, s'était laissé imposer pendant des siècles le joug d'une logique impitoyable. Le système suivant nous montrera que c'était bien en effet un joug, et combien il était pesant.

Ce que nous venons de dire se manifeste dans la manière particulière des Romains, si familière à tous ceux qui connaissent le droit romain, de concilier la logique gênante avec les besoins de la pratique, au moyen d'artifices de toute espèce : actes apparents, moyens détournés, fictions (§ 66-68). L'aversion morale des Romains pour toute violation d'un principe une fois reconnu, stimule et presse, en quelque sorte, leur intelligence à déployer toute sa sagacité, afin de découvrir les voies et les moyens pour opérer cette conciliation de la logique et de la nécessité pratique. La nécessité rend inventif. On peut dire, il est vrai, que les inventions qu'elle a suggérées aux Romains ont parfois un caractère bien étrange, presque extravagant, et l'homme qui ignore le droit se sentira plutôt tenté d'en rire et de s'en moquer, que d'en apercevoir le coté remarquable.

Mais il n'en reste pas moins vrai que ce conflit entre la logique rigoureuse et les nécessités de la pratique, a développé, au plus haut degré, le don d'invention juridique des Romains, au grand avantage de la perfection technique du droit. Un peuple doué d'une volonté moins énergique, n'éprouvera jamais cette nécessité morale, ni l'influence salutaire qu'elle exerce sur la perfection du droit. Lorsque les conséquences du droit conduisent à des impossibilités pratiques, il se tire d'affaire en les mettant tout bonnement de côté.

La seconde qualité nationale des Romains, que nous avons nommée plus haut, leur esprit conservateur, exerça exactement la même influence, et fut, elle aussi, un puissant levier pour leur génie inventif juridique. Concilier les nécessités du présent avec les traditions du passé, rendre justice aux premières, sans rompre, ni dans la forme ni au fond, avec les principes traditionnels du passé, discipliner le commerce juridique, conduire la force progressive du droit dans sa véritable voie, telle fut, pendant des siècles, à Rome, la mission véritablement noble et patriotique de la science juridique. Elle grandit en proportion des difficultés qu'elle rencontra.

L'Orient aussi est conservateur, ses idées et ses institutions n'ont pas fait un pas depuis dix siècles. Mais l'esprit conservateur de l'Orient n'est que l'envers d'une qualité négative : l'absence de force créatrice; il n'est pas le prix de la puissance, il est le résultat de la simple force d'inertie. Chez nous mêmes, sur notre propre sol, il n'est pas rare de voir un esprit qui aime à se donner pour conservateur : l'esprit conservateur de l'intérêt personnel, des convenances, de la peur, qui n'a pas le courage de regarder résolument son époque en face, et dont la myopie est plus dangereuse pour ses propres aspirations qu'elle ne leur est profitable. Tel n'est pas l'esprit conservateur de Rome. Les Romains ne se sont jamais effrayés de rendre justice à une époque nouvelle, de laisser tomber d'antiques institutions qui avaient fait leur temps, et d'en introduire de nouvelles. Le regard le plus superficiel jeté sur le droit romain, suffit pour

se convaincre qu'il s'est opéré dans son sein les révolutions les plus perturbatrices. Mais ces révolutions n'étaient point l'œuvre d'une violence effrénée, procédant par secousses, et bientôt épuisée; elles s'accomplirent peu à peu et insensiblement. Les idées et les tendances nouvelles entrent timidement, furtivement presque, dans la réalité; pas à pas elles doivent conquérir leur place, car ce qui existe leur oppose une résistance opiniâtre, et leur triomphe final n'est que l'œuvre et le prix de la prépondérance irrésistiblement démontrée de leur puissance ([320]). Mais à cette marche lente et laborieuse correspond la solidité du résultat: le chêne croît avec une lenteur extraordinaire, mais son bois est d'une nature tout autre que celui du peuplier. Ce que l'on acquiert aisément, on le reperd avec la même facilité: ce que l'on a obtenu avec effort, on le défend avec opiniâtreté. Cela est vrai pour les peuples comme pour les individus.

Un peuple qui, comme le peuple romain et le peuple anglais, tient étroitement au passé et ne cède aux innovations que lorsque la résistance est devenue impossible, les conserve avec d'autant plus de fermeté qu'il a fini par les admettre. Il met à les maintenir la même énergie qu'il avait déployée à les repousser.

La tendance conservatrice du peuple romain se fonde sur une force active et non sur la simple force d'inertie. C'est la force avec laquelle un caractère ferme poursuit les principes qu'il s'est tracés, et s'en tient à ce qu'il a reconnu vrai et juste ([321]).

La preuve la plus forte et en même temps le témoignage le

([320]) Les Romains eux-mêmes donnent cette lenteur du développement comme la cause de l'excellence de leur constitution. V. par exemple, Cicéron, de repub. II, c. 1... *ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus... Quod nostra respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquot constituta saeculorum.*

([321]) J'ai eu, dans l'intervalle, occasion de me prononcer dans un autre ouvrage sur la valeur morale et politique de cette difficulté du développement du droit. V. Jhering, *Kampf um's Recht*, Vienne 1872, p. 20.

plus éclatant de l'action de cette force, se trouve, à mes yeux, dans les contrastes grandioses que le peuple romain eut à subir dans le cours de son histoire et la manière dont il s'en rendit maître. Il y en eut trois. Le premier appartient à l'époque de la formation du peuple romain; nous en avons parlé plus haut (p.308); — le second est celui des patriciens et des plébéiens, — le troisième celui du *jus civile* et du *jus gentium*. Quel déploiement extrême de forces nous représente cette lutte continuée pendant des siècles entre les patriciens et les plébéiens ! Quelle violence dans les attaques, quelle âpreté dans les ripostes ! Combien une lutte pareille aurait pu devenir désastreuse pour un peuple et un système politique moins fermes que le peuple romain. Mais loin d'affaiblir ou de paralyser la force nationale, cette lutte l'a, au contraire, retrempée en l'excitant au plus haut degré; l'opposition entre l'élément conservateur et rétrograde, représenté par les patriciens, et l'élément progressif et agissant, représenté par les plébéiens, loin de porter préjudice au développement du droit, lui a donné au contraire l'unité, l'uniformité et la continuité dans le progrès.

La troisième antithèse eut un cours tout pacifique, qui ne fut influencé en aucune manière par les querelles politiques des partis. Mais néanmoins, quel appareil de forces elle mit en œuvre ! Il s'agissait de renier Rome dans Rome elle-même, de se détacher des idées traditionnelles sans les abandonner, de mettre en présence, et d'appliquer à tout le système du droit comme égales deux idées opposées : l'idée romaine nationale et l'idée cosmopolite, de penser en Romain pour certaines institutions, autrement pour d'autres. Il n'est pas difficile pour le penseur expérimenté de concevoir et de dominer deux systèmes philosophiques opposés, de manière à reconnaître immédiatement l'idée fondamentale jusque dans ses modifications les plus reculées. Mais cette simple virtuosité de la pensée ne pouvait suffire à résoudre ce contraste en droit romain; il ne s'agissait point d'un contraste scientifique, que l'on *reconnait*, mais d'une antithèse pratique que l'on doit *souffrir;* non d'une force pure-

ment intellectuelle, mais d'une force morale, d'un dualisme du droit, d'une concession semblable à celle d'un état jusque là purement confessionnel, qui reconnaît à une autre confession religieuse des droits égaux et les réalise consciencieusement dans tous les points. C'est là un *fait*, et ce fut aussi à mes yeux un fait pareil, preuve de force morale et non simple action scientifique, grâce auquel le peuple romain donna une double physionomie à toute sa législation, sans se laisser égarer par la crainte de se nuire à lui-même ou de portèr atteinte à son propre caractère — ce fut l'épreuve dans laquelle s'essaya lui-même le sentiment de la sûreté nationale.

L'histoire de Rome nous montre encore une antithèse qui semble devoir être mentionnée ici : celle de la république et de la monarchie. Elle s'étend aussi sur plusieurs siècles. Extérieurement, la république et la monarchie restent en présence jusque dans le troisième siècle, mais ce n'est qu'extérieurement : car ce qui restait encore de la république n'en était plus que l'apparence, la forme pure, et ce dualisme, bien loin de donner une nouvelle preuve de la force de l'esprit romain pour supporter et résoudre les antithèses, fournit au contraire la preuve que c'en était fait de cette force.

Cependant, il n'y a pas que les trois exemples ci-dessus à rapporter. Quelle riche moisson d'antithèses ne nous offre pas le monde romain dans les autres matières ! D'un côté, la souveraineté du peuple et tout l'orgueil de l'esprit d'indépendance individuelle, d'un autre côté les pouvoirs les plus étendus de la magistrature, la discipline de fer du chef de l'armée, hors de Rome, et en cas de nécessité, l'autorité illimitée, même dans Rome, du dictateur; ici la maison fermée avec la pleine souveraineté domestique, là le censeur qui, semblable à un pédagogue, cite devant son siége de juge tous les secrets de la maison; ici l'amour le plus jaloux de la liberté; à côté, la popularité d'un fonctionnaire qui au lieu de flatter le peuple, exerça ses fonctions avec l'autorité d'un roi, et l'intelligence parfaite qu'eut le peuple de la grandeur et de la légitimité d'une pareille domination.

Si nous jetons enfin un regard sur le mécanisme de la constitution romaine, que d'antithèses encore! Au lieu d'un seul titulaire pour chaque haute fonction, il y en a deux, dont l'un peut paralyser l'action de l'autre, comme si un résultat utile ne pouvait être obtenu qu'après avoir triomphé d'une résistance; à côté de cela, en opposition avec la magistrature patricienne l'institution plébéienne des tribuns, incarnation organisée de la négation politique. Chez le peuple, même dualisme : deux espèces d'assemblées populaires : les comices par centuries et par tribus. Plus haut, le sénat avec son pouvoir élastique, avec le droit notamment d'annuler les lois et les élections; droit qui, sinon dans son esprit, du moins dans la pratique, impliquait la possibilité d'une négation de la volonté du peuple. Mais malgré tous ces pouvoirs qui paraissent se nier réciproquement, malgré les conflits violents qui se déchainent souvent entre eux, le résultat général est satisfaisant : force, ordre, unité! Quelle en est la cause? La réponse, nous l'avons déjà donnée : la force romaine était de taille à résister à toutes ces antithèses. Ce qui pour bien d'autres peuples eût été une cause de ruine, pour Rome fut une cause de grandeur; pour Rome, le contraste, la contradiction, la lutte n'étaient, dans son bon temps, que l'exercice de sa force.

Les explications qui précèdent avaient pour but d'insister surtout sur l'importance de l'élément moral, contrairement au préjugé répandu, qui place exclusivement la cause de l'excellence du droit romain dans le génie intellectuel des Romains. Cependant, après avoir prouvé, comme je crois l'avoir fait, la prédisposition du peuple romain à la culture du droit au point de vue moral comme au point de vue intellectuel, je ne puis omettre de mentionner encore une circonstance qui a exercé une influence des plus favorables : la concentration de la vie romaine dans la ville de Rome. L'influence de cette circonstance sur le développement du droit est si évidente que ce serait perdre du temps que de s'y arrêter. Il suffit pour juger de cette influence de se placer dans l'hypothèse, qui se réalisa plus tard

en Allemagne, qui y contraria d'une manière si extraordinaire le développement du droit national, et dans laquelle au lieu d'avoir un seul point central pour le droit et la jurisprudence, Rome aurait eu plusieurs de ces foyers juridiques. Cette concentration n'était point un fait purement géographique, pas plus que le morcellement politique de l'Allemagne. J'y vois plutôt un effet de l'esprit romain, la manifestation d'une qualité que je ne puis passer sous silence, parce que je veux être complet : j'entends parler de la force centralisatrice. Ce n'est point la centralisation locale, dans la ville de Rome, de toute la vie nationale, de la politique, de la religion, du droit, de la civilisation, qui me détermine à admettre cette qualité ; je crois, au contraire, que cette qualité est empreinte aussi dans le droit et dans ses principes, et j'aurai souvent occasion, dans le cours de cet ouvrage, d'en fournir des exemples.

2. Rapport de l'esprit romain avec les principes originaires susdits

25. Quel fut l'usage que fit le peuple romain du capital avec lequel il entra dans l'histoire? Nous ne pourrons trouver de réponse positive à cette question que dans le second système; mais nous pouvons, et nous devons la résoudre, dès ce moment, par voie d'exclusion. Nous avons à rechercher quelles sont les idées que le peuple romain a abandonnées sur le champ, ou qu'il n'a conservées que d'une manière extérieure, conformément à sa manière de faire, pour les laisser bientôt périr, et qui ne formaient plus à l'époque florissante de la république, une branche vivante du droit.

Nous commençons par le principe religieux parce qu'il subit le premier ce destin. A ne considérer que l'apparence extérieure, on croirait que ce principe jouit pendant longtemps encore, à Rome, de son influence primitive. Quelque part qu'on regarde, dans la vie publique comme dans la vie privée, vers la fin de la république, la religion se met au premier plan : aucun

fait important ne se passe, sans qu'elle n'y intervienne. Cependant je dois contester, d'une manière absolue, que la religion ait exercé une influence décisive sur le droit et sur l'État, à Rome, à l'époque de la république ([322]). Il ne s'agit point de savoir si extérieurement la religion se montre partout, si elle participe à tout, si ses formes sont observées, si ses préceptes sont suivis : tout cela est vrai, et ne prouve cependant rien. Ce qu'il est essentiel de constater, c'est que l'esprit romain réduisait la religion à n'être qu'un moyen de réaliser son but, c'est que la religion dans l'État romain n'était pas maîtresse, mais servante. Ce n'est point, je le répète, que je prétende que les Romains se fissent, avec intention, un jeu des choses les plus sacrées ([323]); je soutiens seulement que c'était un besoin essentiel du caractère romain de subordonner, instinctivement et à son insu, toutes choses à son but, et de les diriger du côté où elles étaient le plus profitables à ce but.

Ma démonstration s'appliquera, comme on le comprend, au côté de la constitution religieuse et ecclésiastique de Rome, qui avait une relation pratique avec l'État et le droit. Le côté religieux pur n'a pour nous qu'un intérêt négatif, en tant que nous y voyons à quelle distance il se trouvait du côté politique. Les sacerdoces, qui appartiennent à ce côté de la question ([324]), étaient peu recherchés, comme dénués d'influence politique, et les plébéiens eux-mêmes, dans leurs luttes pour les emplois

([322]) L'opinion généralement répandue, est toute différente ; mais je n'ai pas réussi à me convaincre de son exactitude.

([323]) Il fut un temps où on le croyait, et POLYBE, VI, 56, fut le premier à en donner un triste exemple. Il considère la religion romaine comme un simple moyen, appliqué et perfectionné par les classes dominantes dans l'intention arrêtée de tenir en bride la masse du peuple, par la crainte des dieux.

([324]) Je ne parle point ici des pontifes, des augures, des féciaux, et décemvirs, plus tard *XV viri sacris faciundis,* qui avaient la garde des livres sibyllins ; je ne parle que des prêtres proprement dits : les *flamines,* le *rex sacrificulus,* les vestales, etc.

ecclésiastiques, ne les briguèrent jamais ([325]). Comme la religiosité romaine était entièrement extérieure, il n'y avait pas à Rome l'ombre de cette influence morale des prêtres sur le peuple, que l'on rencontre si fréquemment ailleurs. Chez un peuple véritablement religieux, la religion ne se renferme point en elle-même, dans ses dogmes et dans ses cérémonies, elle embrasse et elle pénètre toute la vie morale de la nation. L'extension du ministère des prêtres correspond à celle de la religion elle-même; les prêtres sont les éducateurs du peuples, et exercent comme tels, la plus grande influence sur lui. Il en était autrement à Rome. Les prêtres n'y sont que des serviteurs des dieux, leur mission se restreint à l'exercice et au soin du culte. Le dogme religieux passe au second plan. Dans les derniers siècles de la république, ils tombent presque dans un oubli complet, de sorte que le sacerdoce se réduisit en grande partie à l'exécution mécanique de formes incomprises et par cela même devenues sans importance. Il ne se conserva que par la force de l'habitude, sans nécessité ni raison intérieure. Le sentiment religieux trouvait plus de satisfaction hors de l'église officielle que dans son sein. Ayant ainsi leurs fonctions limitées aux seules cérémonies, les prêtres ne pouvaient avoir aucune influence sur la vie, et ce qui n'avait point d'influence à Rome, n'était aussi que peu estimé ([326]). Il y a un contraste caractéristique entre l'influence des prêtres et le pouvoir du censeur : la morale, négligée par la religion, devint une affaire d'administration,

([325]) Les jeunes gens libertins étaient parfois, à titre de peine, nommés flamines (*capti*), par le *Pont. max.*, TITE-LIVE, XXVII, 8.

([326]) V. par exemple, TITE-LIVE, XXVII, 8. Les *flamines diales* avaient le droit d'entrer au sénat, mais ils n'osaient l'exercer... *rem intermissam per multos* OB INDIGNITATEM *priorum flaminum,* et lorsque C. Flaccus osa pour la première fois invoquer ce droit et l'obtint, l'avis unanime fut, comme l'atteste TITE-LIVE : *magis sanctitate vitae quam sacerdotii jure rem eam flaminem obtinuisse.*

et un fonctionnaire civil reprit la charge de l'instruction et de la discipline morales du peuple.

Le côté politique pratique de la religion romaine est infiniment plus intéressant et plus instructif. Nous avons vu plus haut (§ 21), que la religion s'infiltrait dans toute la constitution politique et dans le droit. L'idée qui en avait été la cause, était assurément une idée profondément religieuse, mais elle disparut. Les institutions qu'elle avait produites restèrent.

L'époque de la royauté n'est déjà plus inspirée par le sentiment qui donna naissance à ces institutions ([327]); le commencement et les premiers siècles de la république prouvent même un abandon décidé des traditions religieuses ([328]), motivé, il est

([327]) Je suis heureux de pouvoir en appeler, en ce sens, à une autorité comme celle d'AMBROSCH, dans ses *Études*, déjà souvent citées, p. 57 : « Il est certain que cette situation paisible et uniforme, nécessaire pour la naissance d'un sacerdoce et d'un système religieux, liés à mille formalités, se modifia sous la royauté. La légende n'a pas oublié de signaler ce passage de la religion et de la paix à un état d'irréligion et d'inquiétude, cette transformation d'une royauté ecclésiastique en royauté séculière. Le conquérant Tullus est ignorant des antiques préceptes de la religion, il les néglige : il est dénoncé comme l'ennemi des dieux. Son successeur, sous lequel la vie politique prend incontestablement un essor plus élevé, se débarrasse, lui et la royauté, des obligations de la religion, en abandonnant à des mandataires exprès, une partie notable de ses fonctions ecclésiastiques. Sous les règnes suivants, la politique prend une importance de plus en plus grande.... Le dernier roi de Rome est représenté comme un contempteur de la religion nationale et un partisan des cultes étrangers. » Le projet de Tarquin l'ancien, de changer de sa propre autorité la constitution antique, en instituant trois nouvelles tribus, est également très caractéristique pour l'esprit de cette époque.

([328]) AMBROSCH, *l. c.*, p. 64, note 111, place le commencement de la décadence de la théologie pontificale et de la discipline augurale, après la seconde guerre punique. V. aussi p. 66. Quelle aurait été la cause de cette décadence? L'auteur observe lui-même, que déjà, avant la première guerre punique, il y a des preuves du respect décroissant envers la religion. V. p. 65, note 116.

vrai, par des circonstances impérieuses, mais impossible à comprendre si l'esprit religieux fût resté le même qu'auparavant. Ces circonstances impérieuses furent : l'orgueil du dernier roi, la puissance et l'opposition croissantes des plébéiens. La première de ces circonstances amena l'abolition de la royauté. C'était une violation flagrante de la constitution établie, à peine voilée sous la continuation apparente de la royauté dans la personne du *rex sacrificulus*. C'était surtout un précédent dangereux que désormais les plébéiens pouvaient invoquer en toute circonstance ([329]). La seconde amena une foule de concessions, qui furent autant de transgressions du *fas*. Un peuple animé de sentiments vraiment religieux, eût préféré voir les plébéiens s'éloigner de la ville, ou leur eût résisté jusqu'à la dernière extrêmité, plutôt que de leur accorder, par exemple, le *connubium* ([330]), ou de contracter des mariages avec eux, même après le leur avoir accordé, ou de les admettre au consulat. Un peuple pareil n'eût jamais radicalement aboli la royauté, il serait resté dans les voies légales et aurait choisi un autre roi à la place de Tarquin, le roi expulsé.

Ce serait méconnaître entièrement le caractère des patriciens que d'admettre que l'idée de l'inviolabilité religieuse de la constitution, qu'ils opposaient si volontiers comme un bouclier contre les prétentions des plébéiens, eût déjà perdu son empire illimité sur les consciences. Si le droit public s'émancipa de la religion, si de bonne heure s'affaiblit le principe religieux, la faute doit en être imputée aux plébéiens. Leurs revendications politiques et leurs succès devaient nécessairement amener ce résultat ([331]). Chaque défaite des patriciens battait en brèche

([329]) Comme cela leur arriva en effet. TITE-LIVE, IV, c. 6.

([330]) Le motif pour lequel il était prohibé, était : *quod nemo plebejus auspicia haberet ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur.*

([331]) SCHWEGLER, *Röm. Geschichte*, I, 735 cite, avec raison, comme

le principe religieux, chaque victoire des plébéiens était une victoire remportée sur l'idée de l'inviolabilité religieuse du droit public. La religiosité romaine en général souffrit gravement de ce que la religion eût pris dans la constitution antique une place trop prépondérante. Il en advint que les luttes politiques des partis vinrent toujours l'entamer profondément. Le spectacle de la religion abandonnant successivement toutes ses positions, ayant constamment le dessous, devait produire l'effet le plus défavorable sur le sentiment religieux des deux partis et leur donner la conviction que l'intérêt politique, à Rome, était plus puissant que l'intérêt religieux. Mais précisément, en délivrant violemment les patriciens des liens du principe religieux, les plébéiens leur rendirent un service inappréciable, ils les obligèrent à devenir Romains, comme eux.

Cette déchéance de la religion dans la constitution ne s'étendait pas plus loin que l'intérêt des plébéiens ne l'exigeait. Il lui resta dans les limites de la constitution une place importante, d'où elle put continuer à exercer une incontestable influence. Mais en réalité, l'autorité qui lui était laissée ne lui appartenait pas à elle-même; elle résidait dans les mains de l'État. Les Romains avaient appris dans leurs luttes de parti, à subordonner la religion à l'intérêt politique, et leurs actes ultérieurs firent honneur à cet enseignement. La religion éprouva aussi l'effet du caractère romain : elle devint un simple moyen, car tel était le caractère romain, ainsi que nous l'avons vu, que tout ce qui existait et croissait sur le sol du monde romain, devait servir à son but. La religion, ayant perdu ses forces vives, sous les coups répétés qui lui avaient été portés, se soumit de bon gré et sans résistance; elle sut éviter par cette soumission toute occasion de conflit avec l'intérêt politique, et con-

exemple la constitution servienne, dans laquelle l'église n'était plus qu'un élément secondaire et accessoire, tandis que la constitution patricienne antique était religieuse dans son principe même. V. aussi p. 638, *l. c.*

serva ainsi une autorité et une indépendance apparentes. L'État romain se conformait, en toutes circonstances, à ses règles et à ses préceptes, il paraissait s'assujettir complètement à son autorité. Il n'y risquait rien d'ailleurs, car les préceptes de la religion étaient disposés au gré de l'État. L'autorité de la religion ne faisait que confirmer ce que l'État lui-même voulait, de sorte qu'en fin de compte il obtenait le concours d'une alliée toujours puissante, sans faire, de son côté, aucun sacrifice essentiel (332).

Je veux essayer de prouver l'exactitude de ce que j'avance par l'examen des principales institutions et des principes religieux et politiques qui ont trait à notre matière (333). Examinons

(332) On pourrait me faire cette objection : A quoi bon le concours de la religion, si, comme il vient d'être dit, elle était dépouillée de ses forces vives? Je pourrais répondre d'abord que la corrélation que j'ai admise entre la religion et la politique n'existait, sans doute, que pour les classes élevées de la population, les seules qui y eussent un intérêt pratique, et non pour la multitude. Cela est exact, comme on sait, pour l'époque de Cicéron : incrédulité en haut, superstition en bas! Mais il n'y a pas lieu d'avoir recours, pour l'époque antique, à cette supposition toujours triste; je pense, au contraire, que la nature humaine peut expliquer cette contradiction apparente. Lorsqu'on croit ce que l'on désire, et que la volonté dirige ainsi la foi, il paraîtrait qu'une foi pareille ne peut avoir aucune puissance sur nous, et cependant, combien cette puissance peut être grande! Cette illusion est profondément enracinée dans la nature humaine, et le peuple romain, mieux qu'aucun autre, peut prouver jusqu'à quel point et avec quels effets elle peut exister chez un peuple tout entier. C'est un défaut de religiosité véritable et à sa place une superstition, qui, bien qu'elle n'aperçoive en règle générale que ce qu'elle aime, n'en exerce pas moins une grande influence sur le peuple. On voulait des manifestations surnaturelles, mais elles devaient être favorables. Dans la première guerre punique, P. Claudius fit jeter à la mer les poulets sacrés qui refusaient de faire le signe que l'on attendait d'eux. Ces signes étaient régulièrement conformes au désir, et cependant le courage de l'armée était excité lorsqu'elle apprenait que les signes étaient favorables.

(333) On trouvera beaucoup de bonnes observations dans BEAUFORT, *La républ. rom.*, I, c. V.

d'abord les personnes chargées de faire mouvoir ces institutions et d'y veiller : ce sont les pontifes, les augures, les féciaux et les conservateurs des livres sibyllins. Leur influence était grande, mais pour pouvoir l'exercer ils devaient y être invités par l'autorité publique. Ils ne faisaient que répondre à des questions, l'initiative leur manquait. Le fonctionnaire pouvait, s'il le voulait, prendre les auspices lui-même, ou appeler un interprête qui n'appartenait pas au collège des augures ; l'observation faite par un augure, sans invitation de la part de l'autorité, n'obligeait point (334) le fonctionnaire. Le collège des augures pouvait bien déclarer nul un acte, par exemple, l'élection d'un magistrat dans les comices, pour une irrégularité commise en consultant les auspices, mais il ne le pouvait, que je sache, que lorsqu'il était interrogé à ce sujet. Les féciaux décidaient les controverses internationales, mais il fallait aussi qu'ils y fussent conviés. Les pontifes étaient les gardiens du droit sacré : ils étaient très honorés et très influents, mais ils étaient dépourvus de toute autorité dans un conflit contre la volonté du peuple. Les condamnations criminelles prononcées par eux étaient sujettes à l'appel au peuple ; et il arriva plus tard que le peuple cassa leurs sentences d'absolution. Il advint même au cinquième siècle de Rome que le peuple força le pontifex maximus à célébrer une cérémonie qu'il avait déclarée contraire au droit sacré (335).

Quelque grande ou petite, du reste, qu'ait pu être l'influence de ces hommes, n'oublions point que leurs fonctions étaient considérées et traitées comme des fonctions publiques. On en

(334) Sur la position des augures, v. surtout la dissertation instructive de RUBINO, *l. c.*, p. 44-62, et sur les féciaux, ibid., p. 170 et ss. Sur les conservateurs des livres sibyllins, v. HARTUNG, *Röm. religion*, t. I, p. 135.

(335) TITE LIVE, IX, c. 46 : *Coactusque consensu populi Cornelius Barbatus Pontifex maximus praeire verba, quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.*

revêtait des personnages qui, jusque-là, avaient consacré leur vie à l'intérêt de l'État. En acceptant ces emplois ils ne considéraient pas leur carrière politique comme terminée; ils avaient encore à se ménager la faveur du peuple, et ne devenaient nullement étrangers à l'intérêt de l'État. L'intérêt de caste ne les entraînait pas à abuser de leur autorité ou à l'accroître au préjudice de l'État. Dans ces emplois, comme dans tous autres, ils se sentaient exclusivement citoyens et Romains, et le sentiment qui les inspirait comme tels, leur servait aussi de guide dans l'exercice de leurs fonctions. Ce sentiment devait souvent étouffer dans son germe la possibilité d'un conflit du droit ecclésiastique et des intérêts politiques; il dictait en effet l'esprit dans lequel ils interprétaient les livres sacrés, les signes, etc. Un pontife ou un augure dévoué à l'État, pouvait, sans croire se rendre coupable d'imposture ou de prévarication, donner l'interprétation qui était la plus favorable aux nécessités de la politique. A l'époque où les patriciens étaient encore dans la possession exclusive de ces charges, les plébéiens leur reprochèrent souvent de ne s'en servir que dans l'intérêt de leur parti ([236]). Plus tard, et avec bien moins de scrupule encore, on fit dans l'intérêt véritable de la société toute entière, ce qui alors se pratiquait dans l'intérêt exclusif d'un parti.

([236]) Par ex. TITE-LIVE, IV, c. 7. (an 310 av. J.-C.) : ....*augurum decreto perinde ac vitio creati honore abiere (tribuni militum), quod C. Curtius, qui comitiis eorum praefuerat, parum recte tabernaculum cepisset.* TITE-LIVE, VIII, c. 23 (an 428 av. J.-C.) : ....*consulti augures vitiosum videri dictatorem pronuntiaverunt. Eam rem* TRIBUNI SUSPECTAM INFAMEMQUE CRIMINANDO FECERUNT... *nec quemque mortalium exstare, qui se vidisse aut audivisse quid dicat, quod auspicium dirimeret, neque augures divinare Romae sedentes potuisse, quid in castris consuli vitii obvenisset. Cui non apparere, quod* PLEBEJUS *dictator sit, id vitium auguribus visum?* Dès l'an 293, suivant TITE-LIVE, les tribuns mirent en suspicion une décision des *Duumviri librorum sacrorum : id factum ad impediendam legem tribuni criminabantur ingensque aderat certamen.*

Il ne sera pas inutile de rappeler ici l'observation souvent répétée (337), que c'était une maxime de la politique romaine, que l'État lui-même devait discipliner la marche de certains courants religieux que l'on jugeait opportun de tolérer. Il les plaçait ainsi dans sa dépendance. Reconnaître publiquement un culte nouveau, lui concéder des droits égaux, était, aux yeux des Romains, un danger moindre que de le tolérer simplement. L'on adoptait ce parti toutes les fois qu'il devenait impossible de supprimer un culte qui était parvenu à s'introduire; au point de vue purement politique, ce parti était plus sage que la simple tolérance religieuse, ce moyen terme pratiqué de nos jours. Rome ne connaissait pas ces prêtres d'un culte autorisé à contre-cœur, qui, pleins de ressentiment contre l'État, emploient contre l'intérêt de l'État leur empire sur les âmes, en usant de restrictions et d'odieuses dissimulations. Ou bien elle les chassait, lorsqu'elle considérait le culte qu'ils voulaient introduire comme un danger public, ou bien, lorsqu'elle les tolérait eux et leur culte, elle leur assignait une position, qui, au lieu de les pousser dans l'opposition, les forçait, au contraire, de concourir à son but.

Telle était la situation des personnes ecclésiastiques. Examinons maintenant le culte et les dogmes pour autant qu'ils eussent une relation avec la politique et présentassent un intérêt pour l'administration de l'État. Le spectacle qu'ils nous offrent est bien le plus écœurant de tout le monde romain. Que l'esprit

(337) Par exemple RUBINO, *l. c.*, p. 204, note : Il suffit de rappeler les *haruspices*, les livres sibyllins, les *vates*, l'accueil des cultes grecs, etc., pour pouvoir conjecturer ce qui se passait à l'époque primitive. Les *principes* ne restèrent pas indifférents vis-à-vis des religions nouvelles et des arts religieux nouveaux, ils les attiraient à eux, les modelaient et en tiraient profit : « Mécène donne ce conseil à Auguste : (DION CASSIUS, » L. II, 36). La divination doit exister, mais elle doit être exercée par » des fonctionnaires publics, connus de l'État, et non par des charlatans » nomades. »

qui les avait créés les eût abandonnés, que fantômes vains et vides ils continuassent à avoir une existence apparente, ce n'est point là ce qu'il y a de plus choquant ; ce phénomène se répète partout ; (II, 500), ce qui révolte c'est qu'une raison prosaïque et froide s'empara d'eux avec l'intention, il est vrai, de les conserver ([338]), mais aussi avec le dessein bien arrêté de les adapter et de les faire servir à ses fins. Cette influence néfaste de la raison dans une matière qui aurait toujours dû lui rester étrangère, ce jésuitisme intentionnel ou inconscient, qui observe les formes indifférentes, parce qu'elles ne le gênent point, mais qui écarte par de misérables sophismes les véritables obstacles que lui oppose la religion, ce mélange de superstition, de ruse et d'art juridique appliqué aux choses de la religion, jettent une ombre rebutante sur le tableau du caractère romain. Ce n'en est pas moins un spectacle assez étrange pour qu'il soit intéressant d'en faire connaître l'essence véritable.

Examinons donc les principes religieux et les formes dont la rigoureuse observation est le seul objet, en définitive, des

([338]) Il serait très intéressant, mais naturellement nous ne pouvons le faire ici, de montrer la ressemblance qu'il y a entre la manière dont fut traitée la jurisprudence romaine et la religion. Les mêmes faits que nous rencontrons dans la première, (par exemple le formalisme, la conséquence logique, les fictions, les actes apparents, etc., même quelques principes matériels, II, 382 s.), se reproduisent dans la religion, mais avec un effet complètement opposé. Ce qui était approprié au droit et qui en favorisait le développement, au plus haut degré, était au même degré préjudiciable pour la religion et l'éloignait de plus en plus de son véritable esprit. Voir traiter théologiquement des questions juridiques est plus supportable encore que voir traiter juridiquement des questions théologiques. RUBINO, *l. c.*, p. 219, note 2 fait remarquer « que le fait que la *scientia justi et injusti* embrassait aussi la religion est bien caractéristique de la pensée romaine » Le juriste connaît la définition légale de la jurisprudence : *rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia* (L. 10, § 2 de J. et J. et I, 1. 2) ; il sait aussi que la théorie des *sacra* était comptée parmi les branches du *jus publicum* (L. 1, § 2, ibid.).

louanges que l'on a prodiguées avec tant d'exagération à la religiosité romaine ([339]). Ne sont-ils pas parfaitement conformes aux buts temporels des Romains? La religion, il est vrai, protège les institutions politiques romaines, mais cette religion est assez complaisante pour revêtir au gré de l'État, toutes les transformations qu'il réclame d'elle. Elle couvrira de son manteau les rapports de la vie, mais il suffira aussi d'un signe pour qu'elle cesse de les consacrer. L'*inauguratio* peut être retirée si les auspices sont favorables ([340]), le mariage conclu avec la consécration religieuse de la *confarreatio* peut se dissoudre par la *diffareatio;* un lieu sacré peut redevenir profane, les dieux mêmes peuvent être contraints d'émigrer d'un temple dans un autre. Cette consécration religieuse, d'un autre côté, n'est pas restreinte aux objets qui ont rapport à la religion, elle peut être appliquée à toute institution quelconque ([341]).

En déclarant la guerre, les féciaux devaient jeter la lance sur le territoire de l'ennemi; lorsque l'extension du territoire romain rendit l'observation de cette prescription incommode, on sortit d'embarras en faisant acheter par un soldat de Pyrrhus, fait prisonnier, un terrain devant le temple de Bellone : ce terrain fut considéré comme territoire ennemi ([342]). Le chef d'armée qui avait éprouvé un revers, devait retourner à Rome pour y attendre de nouveaux auspices favorables; les Romains éludèrent de la même façon cette prescription génante : on convertissait en *ager*

([339]) HARTUNG, *l. c.*, I, p. 186, dit par exemple... Il faut donc vanter les Romains de ce qu'ils ont possédé, plus qu'aucun autre peuple de la terre, une religiosité générale profonde et indestructible.

([340]) TITE-LIVE raconte ce qui suit de Tarquin le jeune, I, c. 55 : *exaugurare fana sacellaque statuit... omnium sacellorum exaugurationes admittebant aves.*

([341]) Plus tard par exemple, le Sénat décide par décret ce qui doit être *fas*, v. FRONTIN, *Strateg.*, IV, 1, 38 : *ne quem ex iis sepelire vel lugere* FAS ESSET.

([342]) V. les textes dans HARTUNG, *l. c.*, II, p. 271.

romanus un endroit quelconque du champ de bataille, et le général y renouvelait les auspices ([343]). La victime promise par un vœu devait être livrée; mais SERVIUS fait observer ([344]), qu'en fait de victimes l'apparence peut prendre la place de la réalité : lorsqu'il s'agit donc d'offrir en sacrifice des animaux difficiles à obtenir, on façonne leur image avec du pain ou de la cire; c'est cette image qui figure sur l'autel. Au lieu de cerfs, on sacrifiait des moutons, mais on leur donnait le nom de cerfs.

Le *flamen dialis* ne pouvait prêter serment, le magistrat devait prêter le serment professionnel : ces deux fonctions étaient donc incompatibles. Mais lorsque l'on élut comme édile un *flamen dialis* ([345]), (et le hasard voulut que ce fût précisément un homme qui par sa sévérité avait attiré l'attention universelle) ([346]), on se tira d'affaire en faisant prêter serment pour lui, par un représentant : le rigide défendeur du droit ecclésiastique ne se fit aucun scrupule de ce qu'un plébiscite eût expressément disposé, ce qui allait de soi du reste, qu'il serait censé avoir prêté serment lui-même, ce qui revenait à dire au fond que ce n'était point le serment qui lui était interdit, mais seulement l'acte de jurer. Les jours fériés devaient être sanctifiés, et la violation intentionnelle de ce commandement ne pouvait pas même être expiée; mais la religion se plia aux nécessités pratiques, et l'on permit de faire les travaux nécessaires, même pendant les jours fériés ([347]).

Au lieu de continuer ainsi à accumuler des exemples ([348]), il sera plus instructif d'examiner une théorie complète du droit ecclésiastique, qui avait pour l'État une importance majeure :

([343]) V. les textes dans RUBINO, *l. c.*, p. 89.
([344]) Ad AEN. II, 116, HARTUNG; *l. c.*, I, p. 160.
([345]) An 552 av. J. C. TITE-LIVE, XXXI, 50.
([346]) TITE-LIVE, XXVII, 8.
([347]) HARTUNG, *l. c.*, I, p. 188. MACROBE, Sat. I, 16 : *Scaevola consultus, quid feriis agi liceret respondit, quod praetermissum noceret.*
([348]) V. en d'autres dans DANZ, *l. c.*, p. 238 s.

celle des auspices et des signes ([349]). C'était un besoin du sentiment religieux, d'obtenir le consentement des dieux pour toute action de quelque importance. Le ciel et les oiseaux étaient, pour l'âme croyante, les messagers de la volonté divine. Dans la suite on connut une foule d'autres présages, la façon dont mangeaient les poulets sacrés, les entrailles des victimes sacrifiées, etc., et la crédulité s'appliqua même à donner un sens favorable ou défavorable aux actions des hommes, aux malheurs ordinaires, aux noms, etc.

La subtilité des Romains ne manqua pas de se déployer aussi dans cette matière. La doctrine des présages était disposée de telle façon que ce n'était pas l'homme qui dépendait des signes, mais les signes qui dépendaient de l'homme.

Il faut distinguer les auspices proprement dits, qui devaient être observés et interprétés d'après les règles de l'art, des signes simples qui se manifestaient d'eux-mêmes. En ce qui concerne ces derniers, on enseignait ([350]), que leur interprétation était entièrement entre les mains de celui qui les avait observés ; il

([349]) Quelqu'important que soit le rôle que les auspices, les présages, etc., jouèrent à Rome même dans la vie privée, il est cependant très caractéristique que nous ne puissions signaler la plus petite trace de leur influence, dans le droit romain privé. On a fait, il est vrai, dans un écrit récent, la tentative aventureuse de revendiquer cette influence pour l'*omen*, mais les idées superstitieuses du peuple se heurtaient sans succès contre la théorie du droit. La manière dont le droit traite le serment est une preuve frappante de la barrière invincible que le droit privé savait opposer à toute idée qui lui était étrangère. Le serment promissoire était légalement sans aucun effet. (Comp. pour le contraste le droit canon sur cette matière), le serment assertoire n'était regardé que comme une transaction, sa vérité ou sa fausseté était indifférente ; *contemta jurisjurandi religio satis deum habet ultorem*. (L. 2, Cod. de reb. cred., 4-1).

([350]) Hartung, *l. c.*, I, p. 101. Servius ad Aen., I, 530, *nam nostri arbitrii est, visa omina vel improbare vel recipere*. Plin., *Hist. N.*, XXVIII, 4, ajoute : *quo munere divinae indulgentiae majus nullum est*.

pouvait les accepter *(accipio omen)*, ou les refuser *(ad me non pertinet)*, il pouvait même changer leur destination, (351) leur signification. Si au moment même où il les observait, il savait substituer une signification favorable opportune, au sens défavorable qui s'imposait à première vue, l'effet du présage était conjuré, la menace apparente se changeait en promesse (352). Un signe défavorable qui échappait à l'attention restait non avenu; aussi avait-on l'habitude, pendant les sacrifices, de se voiler la face pour ne voir aucun signe, et pendant les prières solennelles et la lecture des formules du serment, etc., on faisait intervenir un joueur de flûte, afin de défendre même les oreilles (353).

Il en était exactement de même des auspices proprement dits. La discipline augurale était sévère, rigide même, en ce qui concernait l'observation rigoureuse des formes, mais celui qui observait fidèlement les formes pouvait obtenir tout ce qu'il voulait (354). Quel précieux secours devait offrir cette rigueur qui, pour la plus petite erreur de forme, annulait l'acte tout entier ! Comme elle devait être utile pour infirmer après coup les actes politiques obtenus par surprise, par exemple l'élection par le peuple d'un fonctionnaire indigne (355). Mais aussi

(351) On pouvait par ruse, ou par fraude même, s'approprier un présage échu à un autre. Je rappellerai la fraude du prêtre de Diane, dont parle Tite-Live, I, 45, et une autre tentative semblable, éventée par la prudence de l'autre partie, dont parle Pline, *Hist. Natur.*, XXVIII, 1, § 15 : (... TRANSITURUM FUISSE FATUM IN ETRURIAM *nisi praemoniti... legati Romani respondissent*, etc.).

(352) Hartung, *l. c.*, p. 101, cite, entre autres, l'exemple très connu de César qui, débarquant sur la côte d'Afrique, fit une chûte et se relevant aussitôt, s'écria : maintenant je te tiens, Afrique.

(353) Plin., *Hist. Nat.*, lib. XXVIII, c. 2, § 11... *Tibicinem canere, ne quid aliud exaudiatur.*

(354) Cic. de nat. deor. II, 3, § 9 : *Veritas auspiciorum spreta est, species tantum* (la simple apparence) *retenta.*

(355) Nous en avons déjà vu des exemples. V. note 336.

quelle docilité dans cette discipline quand il s'agissait d'obtenir des présages heureux ou funestes ! On avait étendu aux auspices la maxime légale, qu'une loi postérieure déroge aux lois antérieures ([356]), et l'on avait ainsi rendu tout observateur arbitre des auspices. S'agissait-il d'empêcher l'adoption d'une mesure, de disperser une assemblée populaire séditieuse, l'employé qui observait les auspices continuait son observation jusqu'à ce qu'il eût obtenu un auspice défavorable. S'agissait-il, au contraire, d'obtenir un présage favorable, il finissait son observation dès que le présage désiré s'était manifesté. Tous les présages défavorables antérieurs étaient annulés par ce dernier ([357]). Pour empêcher une assemblée du peuple, il suffisait que le même jour un *magistratus* quelconque, fût-ce même un *magistratus minor*, eût entrepris un *servare de coelo* et en eût informé le convocateur ([358]).

Bien que les signes célestes dussent, en fin de compte, se produire au profit de celui qui les observait, pourvu qu'il continuât son observation avec persévérance, ils pouvaient cependant se faire attendre pendant quelque temps. A la guerre où les instants sont précieux, il fallait des signes qui se produisissent instantanément comme le *tripudium*, ou la gloutonnerie plus ou moins grande des poulets sacrés ([359]). A cet effet le chef de l'armée

---

([356]) Rubino, *l. c.*, p. 69, note 1 et les passages de Servius ad Aen. qu'il cite, II, 691 : *Si dissimilia sunt posteriora, solvuntur priora,* XII, 183 : *in auguriis prima posterioribus cedere.*

([357]) Tite-Live, v. 38, 39 : *postero die auspiciis repetitis pertulit legem.* Les Chinois en agissent de même dans les auspices qu'ils prennent au moyen de bâtons : ils continuent la manipulation jusqu'à ce que les bâtons tombent dans la position favorable.

([358]) Peu importait que l'observation eût un résultat favorable ou défavorable, le simple acte de *servare de coelo* suffisait. V. Rubino, *l. c.*, p. 74 et s. V. en sens contraire Mommsen, *Röm. Staatsrecht.*

([359]) Il s'agissait d'observer s'ils tombaient avidement sur la nourriture

emportait avec lui des poulets qui étaient toujours tenus affamés : c'était un signe qui dépendait entièrement de la volonté de l'observateur. S'agissait-il d'obtenir un présage défavorable, on prenait des poulets repus; ceux-ci ne mangeaient pas du tout, ou s'ils le faisaient, c'était avec toute la lenteur désirable. Il en était de même, à ce qu'il paraît, des livres sibyllins : ils étaient conçus d'une manière si vague, si équivoque, que l'on pouvait y lire tout ce que l'on voulait (360).

Il est bon de remarquer que dans tous ces cas il ne fallait pas que l'observateur usât de fraude (361). La religion même, c'est-à-dire l'instinct pratique des Romains, avait fait les règles et les institutions si élastiques, que même ponctuellement observées elles s'adaptaient toujours aux besoins du moment. On pouvait bien reprocher à la discipline augurale d'avoir livré les signes à la fantaisie de celui qui les observait, mais on ne pouvait aucunement prendre à partie ce dernier, lorsqu'il découvrait ce qu'il cherchait dans l'intérêt de l'État (362).

Au point de vue religieux, cette corruption d'une institution qui devait son origine à un besoin religieux présente quelque chose de révoltant; elle prouve la décadence précoce de la religiosité véritable à Rome. Un sentiment religieux vrai n'aurait pas ainsi outragé les dieux en réduisant la recherche de leur consentement à une vaine plaisanterie. Mais si on considère cette institution avec ses fonctionnaires, ses signes, ses causes de nullité, etc., mis au service de l'État, comme une

---

et s'ils en laissaient tomber une partie sur la terre. Cela n'était certes pas difficile à obtenir avec des poulets affamés, surtout si on avait soin de choisir la nourriture en conséquence.

(360) HARTUNG, *l. c.*, I, p. 135.

(361) Il n'y manquait pas du reste, le plus souvent. TITE-LIVE, X, 33, *pullarius auspicium mentiri ausus.*

(362) V. le principe dont je m'occupe plus loin, IV, 220, que la responsabilité des auspices publiés incombe uniquement aux augures, et que le fonctionnaire n'a pas à s'occuper de leur fausseté.

institution politique, et c'est ainsi qu'il faut l'envisager, elle a droit, à ce point de vue à une aussi haute estime, qu'elle en mérite peu, au point de vue religieux ([363]). L'utilité éminente de cette institution ne résidait point, à mon avis, dans son côté positif, qui la faisait servir au gouvernement de moyen d'inspirer confiance au peuple, et de ménager le respect et l'obéissance à ses dispositions, grâce au consentement obtenu des dieux; cette utilité ressortait plutôt de sa fonction négative, c'est-à-dire de son efficacité à arrêter et invalider les mesures politiques ([364]).

Les auspices néfastes, et même le simple *servare de coelo* du magistrat, constituaient un moyen légal d'ajourner une assemblée du peuple annoncée; c'était beaucoup, lorsque les passions du peuple étaient momentanément soulevées. Les erreurs de forme commises dans la tenue des auspices, fournissaient la possibilité d'écarter comme nulles les étourderies et les méprises des fonctionnaires et du peuple, qu'aucun autre moyen constitutionnel n'aurait pu redresser ([365]). On pourrait donc désigner le collège des augures, qui prononçait sur ces cas de nullité comme une *cour de cassation en matière politique* ([366]).

La conclusion de ce qui précède est que l'empire de la religion sur le droit est limité à l'époque la plus antique. Dans le

([363]) C'est aussi l'appréciation des Romains eux-mêmes. Cic., de leg., II, 13, *auspicia ista ad utilitatem esse reipublicae composita*, ibid., III, 12.

([364]) Cic., de leg. III, 12, *auspicia, ut multos inutiles comitiatus probabiles impedirent morae; saepe enim populi impetum injustum, auspiciis dii immortales represserunt.*

([365]) Je rappellerai par ex. le cas de la note 336, concernant la nomination du dictateur. Tite-Live, VIII, 23, et Pseudo Ascon. (Orelli, p. 68) et Appien, I, 24.

([366]) Au moins quant à la forme; au fond c'était au Sénat qu'il appartenait de soulever cette nullité, et il invitait le collège à donner un avis, dont le sens n'était, du reste, pas douteux.

système politique et juridique de la période florissante de la république, le rapport se renverse complètement : l'esprit romain se sert du principe religieux comme d'un moyen pour atteindre son but. Les institutions et les formes religieuses politiques conservent encore longtemps une existence extérieure, mais leur esprit s'est évanoui; la moralité romaine n'a plus ses racines dans la religion; elle puise sa sève dans le principe politique et juridique. La période de la floraison républicaine nous démontre en même temps quelle force morale peut développer le simple principe politique et juridique, du moment qu'il pénètre l'homme d'outre en outre (267); le principe politique et juridique remplace complètement le principe religieux.

Examinons maintenant les autres principes originaires du droit romain. En ce qui concerne le principe subjectif, il suffira d'observer ici que le système suivant doit être considéré comme son œuvre, et que nous aurons ainsi, en nous occupant de ce système, l'occasion d'étudier ce principe dans la plénitude de sa force et de sa perfection. Il ne nous appartient point de rechercher comment il s'est développé dans l'histoire, et l'importance qu'eurent, à cet égard, les efforts des plébéiens, la législation des XII tables, etc. Nous devons laisser ces matières à l'histoire du droit romain. Pour remplir notre but il suffit de savoir que le développement ultérieur du droit s'appuie surtout sur ce principe. Le principe de la famille, bien différent en cela du principe subjectif, perd de plus en plus son influence dans le droit ultérieur. Son rôle était terminé, du moment que la mission qui lui était échue dans la formation de l'État était accomplie; l'État n'avait plus besoin de sa forme imparfaite,

(267) C'est ce que fait remarquer saint Augustin dans un passage cité par AMBROSCH, de civit. Dei, v. 12 : *...qui (Romani) causa honoris, laudis et gloriae consulerunt patriae, iu qua ipsam gloriam requirebant, salutemque ejus saluti suae praeponere non dubitarent*, PRO ISTO UNO VITIO *i. e. amore laudis*, PECUNIAE CUPIDITATEM ET MULTA ALIA VITIA COMPRIMENTES.

il était fait. Si, conformément aux idées romaines, la gentilité continua à exister pendant plusieurs siècles encore dans des conditions tout à fait différentes, c'est la répétition du phénomène que nous avons déjà pu observer dans la religion : maintien des formes anciennes sans leur antique signification. Ici encore les plébéiens ont le mérite d'avoir conquis un progrès de la plus haute importance, aussi bien pour le libre épanouissement du droit privé que pour le développement de la vie politique. Ils ont introduit dans l'union politique des races patriciennes l'indépendance du droit privé et public vis-à-vis des relations de famille. C'est à eux donc que doit son origine le droit privé pur, c'est-à-dire le droit émancipé de l'influence du principe de la famille, ou le dernier état du droit romain privé (268). Au point de vue politique, ils représentent la légitimité de la force individuelle en face des prérogatives de la naissance, le principe de la personnalité libre issue d'elle-même et se frayant elle-même sa voie, en présence de la masse compacte, solidaire et exclusive de la *gens*, le droit du présent en regard du droit du passé. L'organisation militaire est la première brèche que fait le principe plébéien dans le principe de la famille. L'intérêt militaire est peut-être celui de tous qui s'arrête le moins devant l'obstacle de la naissance. La constitution servienne nous montre les patriciens et les plébéiens, réunis en une seule armée; la fortune devient la mesure de l'obligation au service militaire et du droit de vote, en tant qu'il appartenait aux comices par centuries. Mais la fortune n'est autre chose que la force matérielle de l'individu; elle est toujours sujette au changement : on l'acquiert, on la perd; la famille reste. Voilà donc l'antithèse la

(268) Nous avons déjà vu plus haut, que certaines conséquences du principe de famile existent encore dans le droit postérieur avec un autre aspect, c'est-à-dire comme institutions d'un caractère tout à fait général. C'est le cas, notamment, de la censure (p. 194) de la *cura prodigi* (p. 196), de l'*actio popularis* (p. 187).

plus tranchée avec le principe de la famille. Établir la fortune comme la mesure des droits et des devoirs politiques, c'était porter la hache dans les racines mêmes de l'union politique des races.

L'importance du principe militaire n'était point, ainsi que nous l'avons vu, d'avoir eu pour objet la constitution militaire du peuple romain ; elle ne résidait point dans son côté technique et militaire : elle avait pour objet son côté moral et politique. Au moyen de la discipline rigoureuse que le service militaire imposait, le principe militaire avait façonné le peuple à la discipline, à la loi, et à l'ordre. Son importance ne fut également que passagère à ce point de vue. Non pas que je méconnaisse que, plus tard même, le sentiment de la légalité, chez les Romains, puisa encore ses meilleures forces à la source à laquelle il a dû, à mon avis, son origine. Il n'y a pas, en effet, pour les peuples, de moyen plus efficace de conserver toujours ce sentiment, que le service militaire obligatoire. Mais je crois que cette fonction originaire de la constitution militaire, de servir de moyen d'éducation politique au peuple, en l'habituant à la loi et à l'ordre, à la discipline et à l'obéissance, était épuisée une fois ce but atteint. Un ramassis d'aventuriers, tel que la légende représente la population primitive de Rome, non habitué à la loi et à l'ordre, avait besoin de la règle de fer de la discipline militaire, pour se plier à la discipline et à l'obéissance ; mais ce que le père a appris profite au fils, ce qu'apprend celui-ci profite au petit-fils, et l'arrière petit-fils, dans la famille des soldats, est déjà un bon citoyen, s'il n'est pas lui-même soldat. Pour Rome aussi, vint le moment où chaque soldat fut un citoyen, où le magistrat n'eût plus besoin de l'appui du chef d'armée pour maintenir l'autorité qui lui était nécessaire, l'instant, où en un mot, l'État put voler de ses propres aîles, parce que l'intelligence de la loi et de l'ordre était devenue le patrimoine de tous. Dès ce moment la constitution militaire passa au second plan ; elle n'était plus l'État lui-même, elle restait une institution dans sa main.

Le principe militaire perd ainsi son importance originaire, dans les époques suivantes, tout comme le principe religieux et celui de la famille. Mais le phénomène que nous avons observé tout à l'heure se renouvelle ici encore : les institutions extérieures et les formes se perpétuent. L'assemblée du peuple conserve la direction de l'armée ; une foule de réminiscences de l'ancien temps nous rappellent constamment que le peuple était dans l'origine une armée. C'est ainsi que malgré l'expulsion des rois par les magistrats, le pouvoir de ceux-ci continue à se rattacher au commandement militaire suprême du roi, au moyen de l'*imperium*. Mais cet *imperium* était énervé, au moins pour les autorités civiles de la ville de Rome. Il ne reprenait sa forme originaire qu'en cas de nécessité, même à l'intérieur de la ville, dans la personne du dictateur. L'instinct politique des Romains leur faisait sentir que la puissance royale n'avait pas été absolument condamnable, que les abus dont elle s'était rendue coupable, ne dépendaient que de ce qu'elle était à vie ; qu'au contraire son rétablissement momentané, qui n'offrait pas le danger d'un abus possible, était l'unique moyen de salut dans les moments d'extrême danger. De cette manière, la constitution romaine, à côté du système régulier de la division des pouvoirs, conserva la possibilité de les concentrer tous dans les mains d'un seul. Elle concilia avec tous les avantages des institutions républicaines l'action prompte de la monarchie absolue. Dans les camps, l'*imperium* conserva intacte son antique vigueur, et pendant plusieurs siècles encore, chaque génération passa, au moins pendant sa jeunesse, par la bienfaisante école de l'éducation militaire. Le service militaire était le premier degré et la préparation du service public proprement dit.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES DU TOME PREMIER

TITRE DEUXIÈME

RAPPORT DE L'ESPRIT ROMAIN AVEC LES PRINCIPES ORIGINAIRES INDIQUÉS



This book is a preservation photocopy.
It is made in compliance with copyright law
and produced on acid-free archival
60# book weight paper
which meets the requirements of
ANSI/NISO Z39.48-1992 (permanence of paper)

Preservation photocopying and binding
by
Acme Bookbinding
Charlestown, Massachusetts

2000